

RAPHAEL ROCHA DE SOUZA MAIA

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO UM
INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA: O EXEMPLO DO COMITÊ DE
BACIA HIDROGRÁFICA

RAPHAEL ROCHA DE SOUZA MAIA

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO UM
INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Professor Rodrigo Pereira de
Mello

Brasília
2015

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo sistemático das formas de participação popular na Administração Pública, isto é, as formas que o cidadão dispõe para influenciar a tomada de decisões, relacionando tais mecanismo com a democracia e o Estado Democrático de Direito. Desta forma, o presente trabalho analisa primeiramente os fundamentos constitucionais e filosóficos da participação popular, ressaltando que a existência de institutos democráticos por si só são insuficientes para garantir a legitimidade do governo. Feita esta análise, passa-se ao estudo da Administração Pública, o qual é dividido em duas partes, a saber, a função administrativa e os princípios estruturantes da Administração Pública, em especial, o princípio da legalidade. Por fim, o trabalho aprofunda-se na participação cidadã propriamente dita, perscrutando sua presença na atual Constituição Federal e os seus limites, esboçando uma classificação a respeito das diferentes formas de concretização deste ideal. Por fim, demonstrando a importância do tema em questão, sua aplicação prática e sua influência no cotidiano do cidadão, passa-se a esmiuçar a lei de recursos hídricos, que é de importância singular para a temática aqui estudada.

Palavras Chaves: Democracia. Administração Pública. Participação popular.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 SOBRE A DEMOCRACIA.....	7
1.1 DO ESTADO.....	7
1.2 DA DEMOCRACIA.....	14
1.2.1 Do conceito histórico e atual da democracia.....	14
1.2.2 Das condições da democracia.....	19
1.2.3 Da democracia direta e indireta.....	21
1.3 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	23
2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	26
2.1 DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	26
2.2 DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	30
3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA.....	36
3.1 DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	36
3.2 DAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	38
3.3 DAS CRÍTICAS À PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE SEUS LIMITES.....	46
3.3.1 Das críticas a participação popular.....	46
3.3.2 Dos limites da participação popular.....	49
3.4 DA LEI DE RECURSOS HÍDRICOS.....	51
3.4.1 Aspectos gerais da lei de recursos hídricos.....	52
3.4.2 Dos comitês de bacia hidrográfica.....	54
3.4.2.1 Da Composição.....	54
3.4.2.2 Da Competência.....	56
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O Direito foi, desde sempre, visto como um fato social. Contudo, é cediço que a velocidade de evolução da sociedade e do direito é radicalmente distinta, sobretudo em razão das constantes inovações tecnológicas, com destaque para o ramo de telecomunicações, que produzem um impacto indelével na sociedade.

Estas modificações permitiram, em última análise, um importante movimento de inclusão de pessoas antes à margem do sistema. Nesse ideal, a Constituição Federal de 1988, por criar um novo espaço político em substituição ao autoritarismo então vigente, representa um marco histórico por propor uma democracia participativa, garantindo a igualdade de todos, sem distinção de sexo, cor, credo ou orientação sexual.

Embora a temática da participação popular não seja de toda inovadora, forçoso reconhecer que a atual Constituição deu novo fôlego para o tema, como se depreende dos inúmeros são os instrumentos existentes ao longo do texto constitucional que aproximam o povo da Administração, em especial o art. 1º, que estabelece o povo como o fundamento do poder.

Nesse espírito, diversas leis e emendas constitucionais foram editadas: em nível constitucional, tem-se, por exemplo, a EC n. 19/98, que alterou a redação do § 3º do art. 37, permitindo a regulação, por meio de lei ordinária, da participação popular na Administração Pública direta e indireta. Em nível infraconstitucional, tem-se, por exemplo, a lei n. 9433/97, que regulou os recursos hídricos e, por meio dos Conselhos de Bacia Hidrográficas, alterou substancialmente o entendimento da participação cidadã.

Não obstante a crescente importância do tema e o grande impacto na vida dos administrados, o mesmo continua, em larga medida, desconhecido; a jurisprudência é escassa e as críticas, em geral, são focadas mais num aspecto ideológico que técnico. Desta maneira, o objetivo do presente trabalho é esclarecer um pouco deste tema, como a participação popular se concretiza, quais são os seus impactos na vida dos cidadãos e a sua importância na efetivação da democracia.

O presente trabalho estrutura-se em três grandes temáticas, a primeira diz respeito à democracia e conceitos correlatos; trata-se, pois, de definir o que se entende exatamente por Estado e Democracia, suas diferentes formas e seus requisitos, analisando conceitos históricos e atuais. Permeando este estudo, são apresentados também conceitos correlatos e essenciais

para a compreensão da temática como, por exemplo, legitimidade, e os fundamentos para a participação popular na Administração Pública.

O segundo tema consiste no estudo da Administração Pública sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e sob o princípio da legalidade, relacionando-o com a participação popular. Nesse contexto, após a conceituação da função administrativa e da Administração Pública, que se revela um dever-poder, passa-se ao estudo dos princípios que norteiam a atividade estatal, em especial o da legalidade, propondo-se uma leitura mais moderna e consentânea com a realidade atual do que a usual.

O terceiro e último tema concerne propriamente à participação popular na Administração Pública como uma forma de efetivação da democracia. Primeiramente analisa-se a participação popular e a Constituição Federal de 1988, como uma influenciou a outra e, após, são apresentadas algumas formas de participação popular, debatendo-se também os limites desta. Por fim, demonstrando e sintetizando toda a apresentação do tema, debruça-se sobre a lei de recursos hídricos que, por meio dos comitês de bacia hidrográficas, criou mecanismo ímpar no ordenamento jurídico pátrio.

1 SOBRE A DEMOCRACIA

1.1 DO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 traz estampado, logo em seu art. 1º, o princípio republicano e o princípio do Estado Democrático de Direito, acrescentando ainda que todo poder tem origem no povo¹:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

A escolha do constituinte é clara e taxativa, inexistindo ao legislador ordinário opção de qualquer outra forma de ordem política², incumbindo-lhe tão somente interpretar os termos do precitado artigo e efetivá-lo. Isto posto, há de se perquirir o exato significado de “Estado Democrático de Direito”, dos fundamentos elencados e as formas pelas quais o povo exerce seu poder.

Não obstante a enorme importância de se compreender o significado e extensão dos fundamentos indicados pelo constituinte, estes não consistirão no objeto do presente trabalho, embora permeiem o desenvolvimento das ideias a seguir.

Outrossim, apesar de igualmente importante a compreensão e discussão sobre a forma que os representantes do povo são eleitos (...que o exerce por meio de representantes eleitos...), bem como propostas para melhorar o processo de escolha, este também não

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 abr. 2015.

² Mendes, Coelho e Branco agrupam os princípios constitucionais em quatro grupos: (i) princípios da ordem tributária e orçamentária, (ii) princípios da ordem econômica e financeira, (iii) princípios da ordem social e (iv) princípios da ordem política, que é composto pelo princípio republicano, do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político (descritos no art. 1º), da separação de poderes (descrito no art. 2º), da isonomia e da legalidade (dispostos em diversos dispositivos constitucionais. Ressalte-se, desde já, que o princípio da legalidade é objeto específico de estudo no capítulo seguinte). MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G.. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137.

consiste no foco do presente trabalho, que se dedica ao exercício direto do poder, ou seja, na participação popular na Administração Pública e a relação desta com a democracia.

Por sua vez, a exata definição de Estado Democrático de Direito perpassa pela compreensão do Estado e da democracia. Como observa Mello, o conceito de Estado pode ser rememorado à antiguidade clássica que, embora não conceituasse o Estado propriamente dito, discutia conceito similar, qual seja, o conceito de governo (*polis e res*), separando as formas boas e ruins destes³, influenciando em grande escala o pensamento posterior⁴.

No período Moderno, destacam-se as ideias de três pensadores: Maquiavel, Locke e Rousseau. O primeiro, reconhecido como fundador da política moderna por situar a política como algo dos homens e, portanto, sem qualquer fonte divina,⁵ entende que o uso da violência por parte do Estado, personificado na pessoa do príncipe, poderia ser positivo, se utilizado para a conservação do governo, como também poderia ser negativo, se utilizado para obtenção de vantagens pessoais.⁶

Locke, por sua vez, entende que o governo só se justifica na medida em que reduz as dificuldades e promove a eficiência⁷, vez que seria uma forma jurídico-política de reunião do poder, coibindo o seu uso por indivíduos, que cometeriam excessos⁸.

Noutro giro, Rousseau identifica o governo como representação da vontade geral, afirmando que “(...) o Soberano, sendo formado apenas pelos indivíduos que o compõem, não tem nem pode ter interesse contrário ao deles”⁹.

Partindo do pressuposto que a finalidade do Estado é o “bem comum”, Rousseau afirma que “somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado”¹⁰, posto que “se não houvesse algum ponto no qual todos os interesses se conciliam, nenhuma sociedade poderia existir”.¹¹

³ MELLO, Rodrigo P. Poder de polícia, autoridade e participação cidadã na administração pública: crise ou evolução do Estado: a experiência dos comitês de bacia hidrográficas. In: FILHO, Agassiz A., FILHO, Francisco B. M. P. (Org.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100-101.

⁴ Por exemplo, as três formas clássicas de governo – monarquia, aristocracia e democracia. GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶ MELLO, op. cit., p. 100-101.

⁷ SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 150.

⁸ MELLO, op. cit., p. 102.

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 36.

¹⁰ *Ibidem*, p. 42.

¹¹ *Ibidem*, p. 42.

Este ponto de convergência é a vontade geral¹², a qual, segundo Rousseau, não pode errar. Ainda, por ser comum a todos os cidadãos e não errar, deve a vontade geral guiar as ações do Soberano.¹³

Na Era Contemporânea, Marx compreende o Estado como um aparelho de Estado à disposição das classes dominantes. Sua função é a repressão, permitindo a exploração e dominação de uma classe sobre a outra¹⁴. Seu contemporâneo, Bakunin, questiona “o que é o Estado senão a organização da força?”¹⁵.

O conceito mais corrente de Estado foi formulado por Weber (*apud* Mendes, Coelho e Branco)¹⁶, que define o Estado moderno como

“(…) uma associação de domínio com carácter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente (...) Este Estado é sociologicamente definível pela referência a um *meio* específico que ele, como qualquer associação política, possui: a violência física. (...). Naturalmente que a violência não é nem o meio normal nem o único meio de que o estado se serve, mas é realmente o *seu* meio específico.”

Pode-se concluir, pois, tal qual faz Mello, que, não obstante as diferentes acepções, cada qual com suas minúcias e detalhes, todas dizem respeito, essencialmente à noção de poder¹⁷, sua organização e exercício.

No que se refere ao poder, este conceito, tal qual o de Estado, possui diferentes definições, todas gravitando em torno de um mesmo centro, destacando-se a definição de Weber, para quem poder é “toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências (*sic*), seja qual for o fundamento dessa probabilidade.”¹⁸

¹² Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que o pensamento de Rousseau implica, em primeiro lugar, na confusão entre governante e governado, isto é, todos os indivíduos ocupam ambas as posições ao mesmo tempo e, em segundo lugar, na sujeição de todos à vontade geral, que se origina a partir da participação de todos, sendo portanto impessoal. FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12.

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 42.

¹⁴ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de estado*. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

¹⁵ BAKUNIN, Mikhail. *O princípio do estado e outros ensaios*. São Paulo: Hedra, 2014, p. 27.

¹⁶ WEBER, Max. O político e o cientista *apud* MENDES, Gilmar F., COELHO, Inocência M., BRANCO, Paulo G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

¹⁷ MELLO, Rodrigo P. Poder de polícia, autoridade e participação cidadã na administração pública: crise ou evolução do Estado: a experiência dos comitês de bacia hidrográficas. In: FILHO, Agassiz A., FILHO, Francisco B. M. P. (Org.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 103.

¹⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4. ed. Brasília: UnB, 2012, v. 1, p. 33.

Dentro do pensamento weberiano, este conceito está intrinsecamente relacionado ao conceito de luta, assim entendida a relação social na qual as ações visam a imposição de vontades, a despeito de resistências, podendo se dar de forma pacífica ou com o uso de violência física de forma efetiva.¹⁹

Por oportuno, cite-se também a definição de Dahl (*apud* Perissinotto) para quem “A tem poder sobre B na medida em que ele consegue fazer com que B faça algo que B de outro modo não faria”²⁰.

Depreende-se, portanto, que a conceituação de poder perpassa por uma luta (pacífica ou não), uma contenda, ou seja, há uma pretensão resistida, na qual alguém faz prevalecer seu interesse. Contudo, quando as relações sociais são pautadas pelo consentimento, o conceito de poder desaparece, sendo substituído pela legitimidade.²¹

Segundo Goyard-Fabre, a legitimidade é uma proteção contra arbítrios e caprichos, traduzindo a necessidade de coerência, seriedade e credibilidade da ordem jurídico-política, dos poderes estatais. Nas palavras da autora²²:

“Assim, concebe-se facilmente que a exigência de legitimidade dos poderes estabelecidos se impõe particularmente no direito político. Pode-se mesmo dizer que está no cerne da reflexão moderna sobre o direito político. Se, de fato, a ordem jurídico-política, com suas regras, estabelece a dominação dos órgãos governamentais, esta deve ser suscetível de justificação ou, como se diz geralmente, de ‘reconhecimento’. Em outros termos, o poder do Estado precisa da adesão dos cidadãos. Assim, é a legitimidade que lhe dá sua plenitude de força.”

Para Weber, a legitimidade pode se fundamentar (i) no carisma do líder – legitimidade carismática, que, em seu tipo puro, só existe em momentos de rupturas institucionais para, em seguida, rotinizar-se e desembocar na (ii) legitimidade tradicional, fundamentada na tradição, no hábito, na duração; ou na (iii) legitimidade racional, na qual a ordem se justifica mediante

¹⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4. ed. Brasília: UnB, 2012, v. 1, p. 23. No mesmo sentido, PERISSINOTTO, Renato M. *Hannah Arendt, poder e a crítica da tradição*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 09 abr. 2015.

²⁰ DAHL, Robert A. The concept of Power *apud* PERISSINOTTO, Renato M. *Hannah Arendt, poder e a crítica da tradição*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 09 abr. 2015.

²¹ PERISSINOTTO, Renato M. *Hannah Arendt, poder e a crítica da tradição*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 09 abr. 2015.

²² GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 274.

uma razão construída e elaborada para a regulação de certas condutas, na observância de certos valores²³. Segundo Weber, destes três tipos, o último é o mais comum.²⁴

Dito isto, a legitimidade, para Weber, em termos gerais, consiste na crença social em certo regime, na legalidade, almejando sempre a obediência baseada no consenso – sobretudo em casos de legitimidade racional. É certo que isso só é possível se os integrantes entendem o regime como válido. Nesse contexto, a legitimidade tornar-se a fonte de uma obediência consentida,²⁵ isto é, as ações sociais são orientadas por “uma ordem que aparece com o prestígio de ser modelar ou obrigatória, ou, conforme dizemos, ‘legítima’”.²⁶

Em outras palavras, a legitimidade em Weber consiste na regularidade formal das ações governamentais, sendo que a legalidade destas é um requisito para a legitimidade.²⁷ Entretanto, é de se salientar, como o faz Goyard-Fabre, que, dentro do pensamento weberiano, reduzir a legitimidade à legalidade é seccionar a análise desenvolvida por Weber, que esboçou um tipo ideal “que, sem dúvida, corresponde, na reconstrução ideal que lhe dá, aos traços essenciais do Estado moderno, mas não pretende refletir a realidade complexa”²⁸.

Para Lipset, a legitimidade é a capacidade do sistema em transmitir a certeza de que as atuais instituições são as mais adequadas para os grupos sociais, o que, segundo o autor, implica averiguar a solução dada pelos governos para problemas básicos e históricos. Nesse sentido, a legitimidade seria avaliativa, isto é, caso haja uma identificação dos grupos com os valores propalados pelo governo, então este seria legítimo.²⁹

²³ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4. ed. Brasília: UnB, 2012, v. 1, p. 139-198.

²⁴ Ibidem, p. 23.

²⁵ Ibidem, p. 139-198.

²⁶ Ibidem, p. 19.

²⁷ Sobre a relação legalidade/legitimidade, Goyard-Fabre comenta que a legitimidade democrática poderia ter seguido qualquer uma das duas vias apontadas por Weber (legitimidade tradicional ou racional); contudo, “desde o século XVIII, a vida política, fortemente intelectualizada, deu um caráter jurídico à própria idéia de democracia. Assistimos à sua legalização: esta dá forma à vontade pública que ela molda e estrutura. Disso resulta que, assim como uma ‘lei injusta’ seria logicamente uma contradição, também uma Constituição ilegítima ou uma legitimidade ilegal seriam fenômenos teratológicos. Tal é, segundo Weber, o sentido vinculado ao constitucionalismo liberal que abre a via para nossas democracias. A *legalidade* tornou-se assim o padrão da *legitimidade*. E, como o aparelho legislativo emana da vontade geral, o único fundamento da legitimidade democrática é a opinião do povo. Esta se inscreve no quadro racional e formal da regularidade jurídica, o que explica o inchaço do Poder com funcionários público”. Grifo no original. GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 280-281.

²⁸ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 283.

²⁹ LIPSET, Seymour M. *O homem político*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 78.

Ferreira Filho sintetiza a questão afirmando que a legitimidade consiste tão somente na aceitação do governo pelos governados, seja de forma expressa, tácita, conformista ou entusiasmada, o que perpassaria pela questão do justo sob uma perspectiva política.³⁰

Nesse contexto, é certo que a capacidade do governo para lidar de forma eficiente com problemas sociais desempenha papel crucial. Nesse particular, Rousseau já anotava a dificuldade e incapacidade dos governos em lidar com problemas sociais, confira-se³¹:

“Para descobrir as melhores regras de sociedade que convêm às Nações, seria preciso uma inteligência superior, que compreendesse todas as paixões do homens e não sentisse nenhuma, que não tivesse relação alguma com nossa natureza e a conhecesse a fundo, cuja felicidade fosse independente de nós e, não obstante, aceitasse ocupar-se da nossa; enfim, que pudesse, contando com uma glória distante no progresso dos tempos, trabalhar num século e usufruí-la num outro. Seria preciso deuses para dar leis aos homens”

Rousseau acrescenta ainda que esta dificuldade é influenciada por fatores externos, como, por exemplo, o tamanho do Estado - quanto maior a extensão, mais difícil e onerosa se torna a administração. Além disso, para o autor, as leis em Estados muito extensos possuem, em geral, baixa eficácia, vez que não poderiam ser adequadas para “tantas províncias diversas que têm costumes diferentes, que vivem em climas opostos e não podem sujeitar-se à mesma forma de governo.”³²

De acordo com Lipset, recentemente, em razão da revolução das telecomunicações³³, que permitiu a cisão da sociedade em grupos que se organizam em torno de valores distintos daqueles que antes eram unânimes, tais dificuldades se exacerbaram, gerando as crises de legitimidade, entendidas como crise de mudanças.³⁴

Goyard-Fabre situa a crise de legitimidade na diferença entre o crédito que o Estado exige e a justificativa apresentada, consistindo em uma crise de identidade. Primeiramente, nota a autora que a relação entre legalidade e legitimidade é ambígua (o que explicaria o caráter ambíguo da política), de maneira que todo governo que se instale fora dos padrões constitucionais experimenta uma instabilidade, sob o perigo da restauração do governo

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 62.

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 55-56.

³² É de se ressaltar que, segundo Rousseau, a democracia só seria aplicável a pequenos Estados, devendo ainda observar o povo, ou seja, Rousseau tinha sérias restrições quanto à popularização da democracia. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 62.

³³ Repise-se aqui os impactos indisfarçáveis que as novas tecnologias, sobretudo no campo das telecomunicações, produzem na sociedade, como aduzido na apresentação.

³⁴ LIPSET, Seymour M. *O homem político*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 78.

anterior e, assim, “a equivocidade dessa relação é a fonte das crises de legitimação que, em nossa época, a quase totalidade das democracias vive de maneira endêmica”.³⁵ Daí concluir a autora que a democracia, em sua atualidade, passa por uma crise de identidade:³⁶

“Admitindo-se que a força de uma legitimação depende da capacidade de fundação e de justificação que ela contém, ou seja, do tipo de razões que ela é capaz de produzir, constata-se que hoje se abre uma brecha entre o crédito que o Poder reclama e as justificações que dá das exigências impostas por ele aos cidadãos. Essa falha, que Paul Ricoeur chama de ‘brecha de legitimação’, significa que o Poder que se diz democrático está habitado por uma crise de identidade: o povo soberano não se reconhece mais no aparelho do Estado que o governa.”

Nasce aí a constante necessidade de participação dos cidadãos no governo³⁷, aqui entendido sob uma perspectiva ampla, tal como proposto por Lefèvre, para quem governo “significa, de uma parte, responder aos principais problemas urbanos por meio de políticas efetivas e, de outra parte, orientar o desenvolvimento de metrópoles por meio de atividades estratégicas”³⁸.

A participação popular na administração pública consiste, pois, na “atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública.”³⁹, e implica a participação do administrado no processo de tomada de decisões, que ele emita sua opinião ou sugira políticas, leis e atitudes a serem adotadas, almejando sempre a solução mais eficiente na solução dos inúmeros problemas, contornando-se as dificuldades identificadas por Rousseau, Lipset, e outros.

³⁵ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 281.

³⁶ Ibidem, p. 282.

³⁷ Ressalte-se ser este o princípio da democracia, como será demonstrado na sequência.

³⁸ LEFÈVRE, Christian. *Gouverner les métropoles*. Paris: Lextenso éditions, 2009, p. 2. Tradução nossa. No original: “Pour nous, gouverner signifie d’une part, répondre aux principaux problèmes urbains par des politiques effectives et d’autre part, orienter le développement des métropoles à travers de activités stratégiques”.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 503-513, set. 1993, p. 508.

1.2 DA DEMOCRACIA

1.2.1 Do conceito histórico e atual da democracia

Uma vez compreendido o significado de Estado, para a correta compreensão do Estado Democrático de Direito, deve-se esclarecer ainda o significado de democracia⁴⁰. Em que pese a existência, nos dias de hoje, de uma quase unanimidade em torno da democracia⁴¹, é certo que sua emergência se deu somente no século XIX⁴² e sua consolidação no século XX.⁴³ Historicamente, a democracia, que significa “poder do povo”, teve origem na Grécia Antiga no século VI a.C.⁴⁴, e concretizava-se por meio da participação direta do cidadão nas decisões da polis.

Embora cedo, é importante observar que, segundo os padrões atuais, a democracia grega não consistia em uma democracia, ante a suas rígidas restrições, dentre elas a impossibilidade de voto feminino e de escravos. Sem embargos, a democracia antiga continha elementos que se fazem presente nas democracias atuais como, por exemplo, a negação de que o poder político deveria ser hereditário e concentrado em especialistas, pois “o princípio fundamental da democracia sempre foi que, em questões que afetam a vida e os interesses coletivos, o povo sabe se governar adequadamente.”⁴⁵

Idêntico posicionamento é adotado por Goyard-Fabre, que afirma que “tanto nas estruturas jurídico-políticas como na mentalidade do mundo atual, repercutem as intuições originárias dos povos da Antiguidade”.⁴⁶ É importante compreender o significado desta afirmação: não se está a dizer que não há diferenças significativas entre as democracias

⁴⁰ Demonstrando a importância da democracia para o texto constitucional, destaque-se que uma das hipóteses de intervenção federal é exatamente para garantir o regime democrático (art. 34, VII, “a”, da CF/88).

⁴¹ Shapiro anota inclusive que “governos das mais diversas colorações ideológicas, em todos os cantos do mundo”, afirmam praticar a democracia. Ainda segundo Shapiro, as críticas modernas muitas vezes afirmam que determinada forma de representação ou manifestação não é democrática, mas dificilmente há discussão sobre ser ou não ser a forma de governo a ser aplicada. SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 245.

⁴² GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 197.

⁴³ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de S. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 39. No mesmo sentido, SEN, Amartya. *Democracy as a universal value*. Disponível em: <http://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

⁴⁴ GOYARD-FABRE, op. cit., p. 09. Sen observa que a democracia foi tentada em outras localidades, mas somente na Grécia Antiga assumiu formato definido e foi posta em prática. SEN, Amartya. *Democracy as a universal value*. Disponível em: <http://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf>. Acesso em: 14 maio 2015.

⁴⁵ SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 248.

⁴⁶ GOYARD-FABRE, op. cit., p. 04.

modernas e as democracias antigas, o que se nega é a suposta dicotomia insuperável entre essas duas, a existência de um marco cronológico de transição.⁴⁷

Segundo Cattoni Oliveira, a democracia antes de Tocqueville era sempre encarada de uma forma pejorativa e negativa e significava a “autodeterminação dos cidadãos em igualdade de direitos políticos perante a lei”⁴⁸, em oposição aos demais regimes (monarquia, aristocracia, oligarquia, etc.). Tratava-se de forma de governo supostamente parcial e facciosa, compreendida como o governo de muitos ou da maioria ou ainda dos pobres.

Entre os modernos⁴⁹ a democracia ainda tinha este aspecto negativo, como se evidencia em Sieyès, ao afirmar a impossibilidade do exercício do poder político por todos em uma sociedade sem escravos e na qual todos os indivíduos estão em condição de igualdade, tendo em vista a necessidade de atendimento prévio aos interesses privados⁵⁰. Mesmo aqueles que se mostravam favoráveis à democracia, tinham sérias restrições: repise-se a afirmativa de Rousseau de que a democracia só era aplicável para pequenos Estados.

Tocqueville foi quem atribuiu um sentido positivo para a democracia existente na América, que era baseada na associação e no federalismo⁵¹, não mais um simples regime político das massas, mas sim “uma maneira de ser da sociedade”, cujos membros se preocupam mais com a igualdade que com a liberdade.”⁵². Nesse sentido, Goyard-Fabre entende que a democracia deixou de ser uma forma de organização, passando a designar um fato social “que caracteriza a potência ativa do povo no espaço público”⁵³

Já no século XX⁵⁴, Kelsen afirma que o critério clássico das diferentes formas de governo tornou-se inútil e propõe uma classificação baseada na participação dos

⁴⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 01.

⁴⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Comentário ao artigo 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2014, p. 138.

⁴⁹ A explicação para este salto cronológico, da Antiguidade para a Modernidade, é que a democracia foi, durante este período, esquecida, como explica Ferreira Filho: “Por longos séculos, desde o fim da experiência ateniense, foi a democracia esquecida como prática. Na teoria, os estudiosos que, na Idade Média e na Renascença, a ela faziam referência, seguiam sempre as lições de Aristóteles: condenavam-na, expressa ou implicitamente.”. Ressalte-se, pois, o julgamento negativo da democracia durante este período. FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 09.

⁵⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, op. cit., p. 138.

⁵¹ Ibidem, p. 138.

⁵² GOYARD-FABRE, op. cit., p. 197.

⁵³ Ibidem, p. 197.

⁵⁴ Santos e Avritzer observam que, no que se refere à democracia, o século XX pode ser dividido em dois momentos distintos: o primeiro ocorre na primeira metade do século e pauta-se pelo debate a respeito da democracia como forma de governo, isto é, se deveria ou não ser aplicada (Weber, Schmitt, Kelsen, Michels e Schumpeter) e, num segundo momento, sobre as condições estruturais da democracia (Moore, O’donnell, Przeworski) e a sua compatibilidade com o capitalismo. Haveria ainda um movimento, iniciado nos países do sul a partir dos anos 1970 e 1980, de reinvenção da democracia, relacionando-a com os movimentos sociais e culminando na democracia participativa. Ao comentar o primeiro debate, sobre a aplicabilidade da democracia,

administrados quando da tomada de decisões, diferenciando a democracia da autocracia. Assim, de acordo com Kelsen, “democracia é a forma de governo que em contraposição à autocracia garante a participação dos destinatários das normas, por meio do exercício de direitos políticos, no processo de produção dessas normas”⁵⁵

José Afonso da Silva, adotando a acepção de Lincoln, define a democracia como “processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”⁵⁶, ou seja, os dois princípios basilares da democracia são (i) a soberania popular – o poder emana do povo, e; (ii) a participação popular de forma direta ou indireta.⁵⁷

Assim, pode-se concluir, tal como o faz Shapiro, que democratas só reconhecem governos como legítimos na medida em que os afetados pelas decisões podem se manifestar adequadamente, garantindo ainda a possibilidade de oposição e substituição de governo.⁵⁸

Entretanto, mister reconhecer que carece à definição acima certa profundidade; há que se definir o que se entende por povo, como a própria História demonstra. É nesse sentido que se desenha a crítica de Dahl, que adota o pressuposto de que a “característica-chave da democracia é a contínua responsividade (adaptabilidade) do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”⁵⁹.

É certo que esta responsividade só é possível se os cidadãos tem plenas possibilidades de formularem suas preferências, expô-las (coletiva ou individualmente) e se tais preferências são consideradas de forma igualitária nas ações governamentais. Partindo daí, Dahl deriva oito requisitos para a democracia⁶⁰, quais sejam, (i) liberdade de formar e aderir a organizações; (ii) liberdade de expressão; (iii) direito de voto; (iv) elegibilidade para cargos políticos; (v) direito de líderes políticos disputarem apoio e votos; (vi) fontes alternativas de informação; (vii) eleições livres e idôneas; (viii) instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência.

os autores anotam que o debate iniciou-se verdadeiramente no século XIX e que antes a democracia era vista como “consensualmente perigosa e, por isso, indesejada”, por atribuir poder “a quem estaria em piores condições para o fazer: a grande massa da população iletrada, ignorante e social e politicamente inferior”. AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de S. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 39.

⁵⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Comentário ao artigo 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2014, p. 138.

⁵⁶ SILVA, José A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128.

⁵⁷ Ibidem, p. 133.

⁵⁸ SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7-8.

⁵⁹ DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005, p. 25

⁶⁰ Ibidem, p. 27.

Todas essas oito características podem ser unidas em dois grupos, quais sejam, (i) liberalização (contestação pública), ou seja, a possibilidade de se opor diretamente ao governo, e; (ii) inclusividade (participação)⁶¹, ou seja, a “proporção da população habilitada a participar, num plano mais ou menos igual, do controle e da contestação à conduta do governo”⁶².

Importante observar que estas características levantadas por Dahl também se fazem presentes em outros pensadores. Juan Linz (*apud* Ferreira Filho) afirma que só se pode considerar como democrático o sistema que⁶³

“permite a livre formulação de preferências políticas, por meio do uso das liberdades básicas de associação, informação e comunicação, com o propósito de livre competição entre líderes, com o objetivo de validar, periodicamente, sem o emprego da violência, sua pretensão a governar”

A importância do pensamento de Dahl e a sua profunda relação para com o tema deste trabalho é exatamente a internalização do pluralismo, conceito essencial para a democracia. Como observa Cattoni de Oliveira, Dahl ocupa-se com uma sociedade voltada para os direitos fundamentais, uma sociedade descentrada e plural,⁶⁴ tratando diretamente da inclusão; por exemplo, dificilmente se negaria a qualidade de democrático aos Estados Unidos antes de 1920; todavia, somente a partir deste ano as mulheres puderam votar. Para além disso, cumpre ressaltar que as condições por ele estabelecidas para que um regime seja encarado como democrático revelam-se úteis e desejáveis por emprestarem densidade ao conceito de democracia, além destes requisitos encontrarem ampla guarida no texto constitucional.

Desta forma, Dahl põe a democracia para um plano ideal e motivador⁶⁵, afirmando que, na melhor das hipóteses, o que existe na prática são poliarquias (governo de muitos)⁶⁶, ou

⁶¹ Ferreira Filho, observando que quem governa, na prática, é uma minoria, anota que a forma de organização política do Estado exerce um papel fundamental na constituição dessa minoria governamental, podendo existir uma autoridade que sobe ou desce, isto é, a minoria governamental pode ser mais ou menos aberta ao acesso de pessoas de classes mais baixas, leia-se, inclusividade. FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26.

⁶² DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005, p. 28.

⁶³ Juan Linz. Totalitarian and authoritarian regimes *apud* FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27.

⁶⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Comentário ao artigo 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2014, p. 138.

⁶⁵ Segundo Ferreira Filho, esta dificuldade de concretização da democracia se deve principalmente à complexidade do mundo moderno, o que impediria que todos, ou mesmo a maioria, governassem. Para ele, o povo somente governa no sentido de escolher os representantes e de forma contingencial, como, por exemplo, em casos de referendos. FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26 e 30.

seja, aproximações da democracia que deixam a desejar em um ou mais dos oito quesitos, mas que possuem alto grau de liberalização e inclusividade (as outras formas de regime seriam oligarquias competitivas – alto grau de liberalização e baixa inclusividade – hegemonia fechada – baixa inclusividade e baixo grau de liberalização – e hegemonia inclusiva – alto grau de inclusividade e baixo grau de liberalização)⁶⁷.

É importante destacar que outros pensadores já observaram também a dificuldade de concretização da democracia na literalidade do seu termo. Rousseau já afirmava no Contrato Social a inviabilidade da democracia na literalidade de seu significado:⁶⁸

“Tomando o termo no rigor da acepção, nunca existiu e nunca existirá verdadeira Democracia. É contra a ordem natural que a maioria governe e que a minoria seja governada. É impossível imaginar um povo permanentemente reunido em assembleia para ocupar-se dos assuntos públicos, e percebe-se facilmente que ele não poderia estabelecer para isso comissões sem mudar a forma da administração”

Goyard-Fabre também reconhece as dificuldades da democracia, afirmando que a sua força (que é a possibilidade do povo designar o seu governo, que deve trabalhar para atender as necessidades populares) também é a sua fraqueza (em razão das diferentes realidades sociais), consignando ainda que “A realidade prática da democracia na verdade dista de coincidir perfeitamente com sua perspectiva ideal”⁶⁹.

Ferreira Filho, apoiando-se em diversos pensadores políticos contemporâneos, afirma que, na atualidade, evita-se a afirmativa da democracia como forma concreta e existente de governo.⁷⁰

Segundo o autor, a doutrina contemporânea do assunto parte do pressuposto de Rousseau de que a vontade não se representa e, portanto, a escolha de representantes não significa que o povo governe. Para tanto, Ferreira Filho apoia-se em duas constatações, a saber, os princípios do mandato representativo excluem a vinculação ao representado, além de que as eleições são dominadas mais por emoções que por um debate de programas⁷¹.

⁶⁶ Nesse ponto, há de se esclarecer que, neste trabalho, democracia e poliarquia serão tratados como sinônimos. Sem embargos, há de se ter sempre em mente as conclusões aqui expostas: a realidade atual e histórica comprova que é sempre uma minoria que governa, que pode ser ainda fechada, de forma que o termo democracia, em seu rigor, revela-se inadequado.

⁶⁷ DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005, p. 30.

⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 81.

⁶⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 345.

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24.

⁷¹ *Ibidem*, p. 24-25.

Denota-se, portanto, que a discrepância entre a teoria da democracia e sua prática, que inspirou a crítica de Dahl, é observada por outros pensadores, contemporâneos ou não.

Dito isto, a democracia atual, para Ferreira Filho, é uma forma de governo em que há participação de forma efetiva na escolha dos governantes, enquanto os cidadãos são considerados como iguais, o que corresponde ao “governo pelo povo (dentro do possível), ou seja, o governo por meio de representantes que o povo elege, a fim de servir os seus interesses”⁷², sendo a característica principal deste modelo a eleição⁷³.

De forma análoga, Cattoni de Oliveira entende que a democracia atual consiste em uma concepção ampla do que se entende por espaço público político, o que envolve a superação do conceito clássico de sociedade civil, que não se resume mais a um sistema de necessidades, mas sim grupos que se diferenciam do Estado e do mercado, buscando expor e generalizar problemas que afligem a sociedade em diversos níveis.⁷⁴

1.2.2 Das condições da democracia

Como já dito, a democracia universalizou-se somente no século XX e, como consequência, também neste período o debate em torno da democracia alterou-se substancialmente. Assim, era comum até aproximadamente os anos 1960, o debate em torno das questões estruturais que possibilitariam a democracia.

Santos e Avritzer abordam a questão com o devido cuidado, mostrando que, em um primeiro momento, afirmava-se que muitos países jamais poderiam ser democracias em razão do papel desempenhado pelo Estado no processo de industrialização e a relação deste processo com as classes agrárias e urbanas⁷⁵. Todavia, uma vez adotada, a democracia traria consigo fortes consequências redistributivas irrefreáveis.⁷⁶

⁷² FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31.

⁷³ *Ibidem*, p. 29.

⁷⁴ Partindo daí, o autor estabelece seis condições não exaustivas que garantem a democracia, a saber, (i) o reconhecimento do direito fundamental de se opor, respeitando os direitos políticos das minorias; (ii) pelas diferentes formas de representação e participação cidadã no processo legislativo e tomada de decisões; (iii) por mecanismos de participação e representação popular na fiscalização do governo; (iv) por mecanismos processuais de participação nas deliberações coletivas; (v) pelo reconhecimento de identidades coletivas sociais e culturais, e; (vi) por ações afirmativas de inclusão social e cultural. É importante observar que grande parte dessas condições estão presentes no pensamento de Dahl. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Comentário ao artigo 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2014, p. 139.

⁷⁵ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de S. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 40.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 40.

Entretanto, a partir de 1970, com a adoção do regime democrático por diversos países da Ásia, América Latina e Europa Oriental, o debate em torno da democracia modificou-se de forma substancial; não fazia mais sentido afirmar que a democracia só poderia ser praticada em países desenvolvidos, isto é, o debate em torno das condições estruturais da democracia perdeu sua razão de ser⁷⁷, de forma que hoje, como afirma Sen⁷⁸, o mais correto seria perguntar não que países estão preparados para a democracia⁷⁹, mas como um país se prepara para a democracia.

Nesse espírito, Ferreira Filho, ao tratar do assunto, traz algumas reflexões que podem ajudar neste debate. Segundo o autor, uma das condições essenciais para a democracia seria o respeito ao próximo⁸⁰, o que se traduziria em um sentimento de igualdade entre os homens e de alteridade. Com fundamento nas balizas de Dahl (inclusividade e liberalização), Ferreira Filho afirma que a tolerância e a igualdade entre os cidadãos seriam fatores culturais favoráveis à democracia⁸¹.

Outro aspecto a se considerar ainda seria a cultura política da nação, assim definido o plexo de ideias prevaletentes a respeito do poder. Esta cultura é fortemente influenciada por ideologias, que podem exercer forças favoráveis ou contrárias à democracia.⁸²

No que se prende às condições econômicas, Ferreira Filho anota que, embora este fator seja deveras importante, influenciando sobremaneira o regime de governo,⁸³ não é determinante por si só⁸⁴.

⁷⁷ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de S. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 41.

⁷⁸ SEN, Amartya. *Democracy as a universal value*. Disponível em: <http://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf>. Acesso em: 14 maio 2015.

⁷⁹ No ponto, importante observar a lição de José Afonso da Silva que, ao comentar os pressupostos da democracia, afirma que estes consistem, na realidade, numa visão elitista e que desconfia do povo, que seria incompetente (como será comentado em capítulo próprio, esta visão se fez muito presente no Brasil, sobretudo no período militar). Assim, Silva afirma que haveria uma evidente contradição entre tais pressupostos, que teriam de ser adquiridos dentro de um regime não democrático, processo este a ser conduzido por uma elite ilustrada, que veria seu poder minguar dentro de uma democracia. Para ele, estes pressupostos (desenvolvimento econômico, social, cultural, etc.), consistem, na verdade, nos objetivos da democracia, tanto que tais valores encontram-se espalhados no texto constitucional. SILVA, José A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128-131.

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48.

⁸¹ Ibidem, p. 59. No mesmo sentido, Sen, ao comentar a experiência indiana com a democracia, afirma que a Índia permanece unida em razão de sua democracia, isto é, por meio dela as diferenças políticas foram dirimidas e governos foram eleitos e findaram-se consoante as regras eleitorais, arrematando ainda que o respeito às diferenças e o repúdio generalizado à violência em razão de diferenças é essencial para o sucesso da democracia. SEN, Amartya. *Democracy as a universal value*. Disponível em: <http://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2015.

⁸² Ibidem, p. 62-63.

1.2.3 Da democracia direta e indireta

Como anteriormente exposto, o povo é um conceito fundamental para a democracia. Repise-se que, para Silva, um dos princípios elementares da democracia é a soberania popular, isto é, o poder originando-se do povo. Mais, rememore-se que o art. 1º da Constituição Federal estabelece o povo como fundamento do poder, assim, cumpre analisar a forma pela qual o povo exerce o seu poder.⁸⁵

A partir da forma como o poder popular é exercido, Silva afirma existirem três tipos básicos de democracia, (i) a democracia direta, (ii) a democracia indireta (também chamada de democracia representativa), e a (iii) democracia semidireta (também chamada de democracia participativa)⁸⁶.

A democracia representativa caracteriza-se pelo exercício indireto do poder, ou seja, há um procedimento político, com regras estabelecidas anteriormente, pelo qual se escolhem representantes populares, durante um período determinado, para agir em nome dos administrados e cujas ações são cogentes.⁸⁷

Noutro giro, a democracia participativa consiste no procedimento político pelo qual se estimula e torna possível a participação da sociedade civil, influenciando nos atos governamentais, podendo se dar de forma direta ou semidireta, ou seja, há verdadeiro exercício da cidadania.⁸⁸

No ponto, é importante esclarecer em que bases a participação popular na Administração Pública se justifica; isso porque se existem representantes populares, que foram eleitos num contexto democrático, por qual razão a participação cidadã no Estado e na tomada de decisões se faz necessária.

Wainwright responde a este questionamento, destacando a importância da democracia participativa ao afirmar que há um distanciamento crescente entre as instituições democráticas

⁸³ Saliente-se que Dahl estabelece uma correlação entre democracia e uma alta renda per capita, pois uma nação rica poderia instruir facilmente todo o seu povo (repise-se que para Dahl há uma relação intrínseca entre instrução, informação e democracia. Não por outro motivo três das oito características da democracia de Dahl dizem respeito diretamente à informação e instrução: liberdade de expressão, fontes alternativas de informação e políticas públicas que dependam de manifestação de preferência)

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel G. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 69.

⁸⁵ SILVA, José A. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 133.

⁸⁶ Ibidem, p. 138.

⁸⁷ BIANCHINI, Fernando N. *Democracia representativa sob a crítica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville*. Campinas: Millennium, 2014, p. 15.

⁸⁸ Ibidem, p. 15.

e a população ao redor do mundo, concluindo que o sufrágio universal e outras instituições importantes para a democracia, como partidos e a liberdade de imprensa, não bastam para garantir a legitimidade⁸⁹, para garantir o poder popular.⁹⁰

Bonavides chega à idêntica conclusão, afirmando que se antes havia uma luta para a substituição do Estado liberal para o Estado social, agora há uma luta para a substituição do “Estado representativo, que já não concretiza a ação e o programa do Estado social, para o Estado democrático-participativo”⁹¹

Baquero⁹² também identifica semelhantes falhas na representação política, estabelecendo uma correlação entre a “corrupção institucional”, a piora do quadro social e a baixa confiança da população nas instituições políticas com as dificuldades para a consolidação de fato da democracia.⁹³

Se por um lado a participação ampla do povo no governo se faz necessária para a democracia, como sublinha Silva⁹⁴, mormente ao se considerar os problemas da representatividade, de outro, a complexidade da sociedade moderna impede, de plano, a dita democracia direta, tal qual concebida pelos gregos, como observam Silva⁹⁵ e Bonavides⁹⁶. Nessa esteira, a democracia participativa assume um papel de extrema importância. É de se ressaltar que não se deve ter uma rigidez na forma da participação cidadã, tal qual na Antiguidade, que rejeitava toda e qualquer forma de intermediação, ao revés, há de se adequar

⁸⁹ Rememore-se aqui os problemas expostos de forma sucinta no início do trabalho que atingem os Estados Democráticos na atualidade no que concerne a legitimidade e a dificuldade de criação de leis que atendam aos anseios populares.

⁹⁰ WAINWRIGHT, Hilary. *Poder popular no século XXI*. São Paulo: Xamã, 2005, p. 23.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Do ocaso do regime representativo à aurora da democracia participativa*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2563/20.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2015.

⁹² BAQUERO, Marcello. *Cultura política participativa e desconsolidação democrática: reflexões sobre o Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400011>. Acesso em: 02 maio 2015.

⁹³ Demonstrando a baixa confiança populacional nos órgãos representativos, note-se que em recente pesquisa pela FGV, no que se refere a confiança das instituições, o Congresso Nacional ficou em penúltimo lugar, com um índice de 19% de confiança, somente acima dos partidos políticos, cujo índice de confiança foi de meros 6%. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13599/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil_2%C2%BA-e-3%C2%BA-Trim_2014.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 02 maio 2015. O fraco desempenho dos partidos políticos e do Legislativo também se repete no índice de confiança social (ICS), divulgado pelo IBOPE. Frise-se que desde 2009, primeiro ano de elaboração do índice, até 2013, ambos registraram sucessivas quedas, atingindo em 2013 a pontuação de meros 25 e 29, respectivamente, numa escala de 0 a 100. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Cai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes-.aspx>>. Acesso em: 02 maio 2015.

⁹⁴ SILVA, José A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138.

⁹⁵ Ibidem, p. 139.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 345.

o instituto às necessidades atuais, garantindo sempre a expressão popular de forma soberana nas questões governamentais essenciais por meio de mecanismos fluídos.⁹⁷

Frise-se que há uma tendência mundial no desenvolvimento da democracia participativa. Lefrève afirma que a maior parte dos países democráticos buscam, nos dias atuais, aproximar o Estado e o cidadão. Esta tendência é corroborada por organismos internacionais, que muitas vezes condicionam a ajuda ofertada ao fortalecimento de tais mecanismos, que permitem uma melhor informação dos problemas da sociedade, além de combater os problemas intrínsecos à democracia, criando um sentimento de cidadania mais forte.⁹⁸

1.3 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De posse dos conceitos apresentados, torna-se possível a compreensão do que é o Estado Democrático de Direito a que se refere a Constituição. Para Mendes, Coelho e Branco, o Estado Democrático de Direito⁹⁹ incorpora e aprimora os Estados liberal e social e os supera sendo, portanto, “um superconceito”, a partir do qual se extraem outros conceitos basilares para o ordenamento jurídico pátrio, tais como, o princípio da separação dos poderes, do pluralismo político, da isonomia, da legalidade e o da dignidade da pessoa humana¹⁰⁰.

Segundo José Afonso da Silva, a incorporação do conceito de Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico consiste em verdadeira inovação pois supera a mera combinação de palavras “na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”¹⁰¹ Isso porque ao qualificar o “Estado” como “democrático”, os valores inerentes da democracia impregnam as práticas estatais, bem como a ordem jurídica,

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 345.

⁹⁸ LEFÈVRE, Christian. *Gouverner les métropoles*. Paris: Lextenso éditions, 2009, p. 71.

⁹⁹ É de se ressaltar que, para os mencionados autores, o Estado Democrático de Direito consiste na “organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.”. Como será exposto adiante, tais requisitos coadunam-se com aqueles elencados por Streck e Moraes ao caracterizar o Estado Democrático de Direito, bem como com os requisitos enumerados por Dahl na caracterização da democracia. MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G.. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G.. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139.

¹⁰¹ SILVA, José A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 121.

em especial ao se considerar os fundamentos e objetivos da República, ou seja, a qualidade de “democrático” vincula tanto o “Estado” quanto o “Direito”; nas palavras de Elías Díaz (*apud* Silva), trata-se da “institucionalização do poder popular”.¹⁰²

Nesse mesmo sentido, Streck e Moraes entendem tratar-se de conceito inovador que busca assegurar conquistas democráticas, garantias jurídicas e, ao mesmo tempo, revelando preocupação social, superar o Estado Social ao “agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade”¹⁰³.

Para estes autores, a inovação deste conceito relaciona-se mais ao “sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados”¹⁰⁴ e consistiria na integração efetiva de novos aspectos, mormente a questão da igualdade, assim entendido como garantias jurídicas de “condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”¹⁰⁵, superando o binômio liberal/social.

Streck e Moraes afirmam que o Estado Democrático de Direito contém em si um “*plus* normativo em relação às formulações anteriores”¹⁰⁶, com um inegável “conteúdo utópico da transformação da realidade”¹⁰⁷, advindo da qualidade “democrática”¹⁰⁸ do Estado.

Nessa toada, a lei, no Estado Democrático de Direito, deixa de ser utilizada como um instrumento de sanção (Estado liberal) ou promoção (Estado social), figurando como um instrumento de transformação e, exatamente neste sentido, representa uma ruptura, por trazer no bojo do texto constitucional as condições para esta transformação.¹⁰⁹

Assim, Streck e Moraes derivam sete princípios do Estado Democrático de Direito: (i) Constitucionalidade; (ii) Organização Democrática da Sociedade; (iii) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; (iv) Justiça Social; (v) Igualdade; (vi) Legalidade; (vii) Segurança e certeza jurídica¹¹⁰, concluindo que¹¹¹:

“a noção de Estado Democrático de Direito – normatizada no art. 1º da Constituição do Brasil – demanda a existência de um núcleo (básico) que

¹⁰² DÍAZ, Elías. Legitimidad-legalid en el socialismo democrático *apud* SILVA, José A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 122.

¹⁰³ STRECK, Lênio L.; MORAIS, José Luis B. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2014, p. 113.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 114.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 115.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 114.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 114.

¹⁰⁸ Sublinhe-se, pois, o teor utópico da democracia em seu sentido literal, como já exposto.

¹⁰⁹ STRECK, Lênio L.; MORAIS, José Luis B., *op. cit.*, p. 114-115.

¹¹⁰ STRECK, Lênio L.; MORAIS, José Luis B., *op. cit.*, p. 114.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 116.

albergue as conquistas civilizatórias assentadas no binômio democracia e direitos humanos fundamentais-sociais.”

Com base nas noções apresentadas, conclui-se que, para a efetivação dos termos constitucionais, é imperiosa a participação do cidadão na Administração Pública, concretizando a noção do Estado Democrático de Direito, estabelecendo de fato o povo como soberano e como a origem do poder.

A aproximação dos representantes populares com o povo é crucial ainda para conferir legitimidade ao sistema como um todo e para se contornar o inevitável autoritarismo estatal. É, por fim, medida que se impõe para melhor concretizar o atendimento às necessidades da população, ou seja, é um instrumento de efetivação e concretização da própria democracia.

2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma vez compreendido o significado de democracia, há de se conceituar o que é a Administração Pública e como esta, contando com a participação popular, pode efetivar aquela.

2.1 DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Bandeira de Mello rememora que as funções estatais¹¹² costumam ser divididas em três tipos, a legislativa, a executiva (ou administrativa) e a jurisdicional. Estas funções agrupam-se em três blocos chamados de poderes¹¹³ (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), estando esta divisão de poderes expressa no art. 2º da Constituição Federal. Frise-se que esta divisão tem como nítido propósito de evitar a concentração e o abuso de poder, trata-se de um mecanismo de “freios e contrapesos”.

Carvalho Filho observa que esta divisão de poderes é uma opção política¹¹⁴ e que não se trata de algo rígido, havendo tão somente uma predominância das atividades, isto é, os poderes estatais podem desempenhar funções típicas ou atípicas, desde que autorizados pela Constituição Federal.

Assim, embora a função precípua do Poder Legislativo seja a edição de leis, exerce, por vezes, atividade jurisdicional (no processo de crimes de responsabilidade do Presidente da República – art. 52, I, da CF/88) e, ainda, atividade administrativa (ao regular serviços internos – art. 51, IV, da CF/88).¹¹⁵

No que se prende aos critérios utilizados para a caracterização das funções estatais, Bandeira de Mello afirma que estes reduzem-se a dois: (a) o critério orgânico, também

¹¹² Cabe salientar que, segundo o autor, a função estatal, dentro do Estado Democrático de Direito, é definida como aquela “exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”. MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29.

¹¹³ MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29-30.

¹¹⁴ É interessante notar que em Montesquieu, quem primeiramente concebeu a divisão dos poderes estatais em três esferas, o Judiciário não consistiria em um poder propriamente dito, devendo tão somente julgar a aplicação do texto legal, ou seja, a boca da lei. Segundo Godoy, Montesquieu provavelmente opor-se-ia ao Judiciário como uma estrutura permanente. Cf. GODOY, Arnaldo S. M. *A tripartição de poderes em Montesquieu*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-14/embargos-culturais-triparticao-poderes-montesquieu>>. Acesso em: 23 maio 2015.

¹¹⁵ É de se ressaltar que, segundo Carvalho Filho, o Poder Executivo é o único que não exerce as três atividades, faltando-lhe a função jurisdicional. Segundo o autor, em que pese a existência de procedimentos administrativos, faltam-lhe o caráter definitivo, característico da função jurisdicional. CARVALHO FILHO, José dos S. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 03.

chamado de subjetivo, no qual se identifica a função a partir de quem realiza o ato, ou seja, do sujeito que realiza a ação, e; (b) o critério objetivo, no qual se identifica a função a partir de do objeto, isto é, do ato.¹¹⁶

O critério objetivo divide-se ainda em material e formal; o material, também chamado de critério objetivo substancial, caracteriza a função a partir de elementos próprios da função, pelo conteúdo da atividade. O formal, por sua vez, prende-se ao regime jurídico correspondente. Nessa última perspectiva, o Poder Executivo é caracterizado pela expedição, dentro de uma hierarquia estabelecida, de comandos infralegais e infraconstitucionais, sujeitando-se sempre ao controle de legalidade exercido pelo Judiciário.¹¹⁷ A sujeição a este controle é essencial para se distinguir a função administrativa da função política, que não se submete a ele.¹¹⁸

Para Bandeira de Mello, o critério a se utilizar para a definição dos Poderes seria este último, o critério objetivo formal¹¹⁹; Carvalho Filho, por sua vez, entende que nenhum dos três critérios, isoladamente, revela-se satisfatório¹²⁰. Com efeito, sob a perspectiva do critério objetivo formal o papel do Legislativo seria “inovar inicialmente na ordem jurídica, com fundamento tão somente na Constituição”¹²¹, o que, contudo, aproxima-se muito do papel do Supremo Tribunal Federal na edição de Súmulas Vinculantes.

Em razão da ausência de critérios claros, Carvalho Filho afirma que a função administrativa, na prática, é identificada por exclusão; não havendo formulação de regra geral (função legislativa) ou composição de lide (função jurisdicional), existiria a função administrativa, que pode ser definida como¹²²:

“aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob o regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica”

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, embora considere existir somente dois poderes estatais¹²³, tem uma clara e exata conceituação da função executiva como “a realização, em

¹¹⁶ MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 32-33 e 36.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 37.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 35.

¹²⁰ CARVALHO FILHO, José dos S. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 04.

¹²¹ MELLO, op. cit., p. 33.

¹²² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 04-05.

¹²³ Para o autor, as funções legislativas e executiva tem por objetivo a integração da ordem jurídico-social, diferenciando-se somente por operarem em momentos distintos. Assim, no seu entender, a função administrativa

concreto, de todas essas normas jurídicas (leis)” ou seja, é a manifestação do Estado, por meio de atos jurídicos, almejando a concretização da legislação, desde que dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico.¹²⁴

Do exposto, considerando ainda a existência de um Estado Democrático de Direito nos termos já explicitados, tem-se que a Administração Pública é um dever-poder do Estado.

Ora, organizando-se o Estado sob a forma de um Estado Democrático de Direito e, considerando-se ainda os princípios e fundamentos que o inspiram, percebe-se que não há margem para a discricionariedade estatal na consecução do interesse social, inexistindo também a possibilidade de omissão estatal nas questões que reclamam a sua atuação¹²⁵, ou seja, há um dever de atuação do Estado.

Esta premissa é estruturante e permeia todo o ordenamento jurídico e toda a atividade estatal; assim, se é permitido ao Estado a regulação de atividades econômicas, é certo que esta intervenção deve ser orientada pelos princípios republicanos e democráticos, objetivando e observando os termos do art. 170 da CF/88.

Noutro giro, se há possibilidade de delegação de atividades para particulares, esta deve ser cercada de cuidados, conferindo sempre publicidade, de maneira a evitar favorecimentos pessoais, reservando-se sempre o dever-poder de fiscalização e, em último caso, a possibilidade de cancelar a delegação, caso não se atenda ao interesse público.

Igualmente, se há margem para a discricionariedade estatal na sua atuação, esta só é possível se almejar sempre o interesse público. Não por outro motivo a Administração Pública sempre deve fundamentar suas decisões e atos, isto é, explicitar os fundamentos fáticos e jurídicos que orientam a sua conduta de determinada maneira e não de outra, devendo ainda

tem por objetivo a integração da ordem jurídico-social por meio de legislação e execução, isto é, há uma programação e realização de objetivos públicos. A outra função estatal seria a função jurisdicional. MELLO, Oswaldo A. B. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49-58.

¹²⁴ É de se esclarecer que, conquanto tenha uma divisão de poderes estatais distinta da adotada e termine englobando a função legislativa e executiva dentro do conceito de função administrativa, esta diferença não diminui a utilidade deste conceito, tendo em vista referir-se especificamente à função executiva, ou seja, ao segundo momento da função administrativa (dentro da sua teoria bipartite), qual seja, a concretização das normas jurídicas criadas pelo legislativo. MELLO, Oswaldo A. B. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34.

¹²⁵ Demonstrando este argumento, cabe salientar o importante papel desempenhado por diversas ações constitucionais, como a ação popular, a ação civil pública e, sobretudo, o mandado de injunção, cabível “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI, da CF/88). Ressalte-se também que este remédio constitucional foi criado somente com a Constituição Federal de 1988 que, como já dito, conferiu ao cidadão um papel fundamental no sistema jurídico-político.

realizar-se a devida contextualização entre os fundamentos fáticos e os fundamentos jurídicos.¹²⁶

Noutros termos, se por um lado o Estado goza de certos privilégios, por outro é certo que estes só existem e se justificam na medida em que atendem ao interesse social. Esta premissa também ecoa na jurisprudência pátria, como se percebe a partir do julgamento do RE 581.947, Rel.: Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010.

No caso, o ministro relator discorreu sobre o dever-poder, afirmando, com base em Santi Romano, que no exercício de funções não há interesse próprio, mas sim interesse de outro ou um interesse objetivo, que é o que ocorre no caso do Estado. Nas palavras do ministro, “a Administração cumpre uma função na medida em que vinculada pelo dever de realizar determinados fins em benefício do interesse público”¹²⁷ e, exatamente em razão deste dever de consecução do interesse público é que se confere poderes ao Estado.

Citando Rui Barbosa, conclui o ministro que “Claro está que em todo o poder se encerra um dever: o dever de não exercitar o poder, senão dadas as condições, que legitimem o seu uso, mas não deixar de o exercer, dadas as condições que o exijam”.¹²⁸

¹²⁶ Aqui, inclusive para manter a coerência com o que anteriormente dito, deve-se explicitar que há discricionariedade somente na atuação da Administração Pública, não na busca e concretização do interesse público. Assim, a discricionariedade na atividade da Administração “resulta para o Administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles, prover, na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa” (MELLO, Celso A. B. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 09.) Ou seja, eventualmente, no exercício regular de suas atividades, pode o administrador ser compelido a escolher esta ou aquela forma de agir, mediante avaliação subjetiva. Há, aqui, discricionariedade. Contudo, independente da escolha, esta deve atender sempre ao interesse público, eis que não lhe é permitido (ou seja, não há discricionariedade) na busca e concretização do interesse público. Não por outro motivo, como se salientou, existe o dever constitucional de motivação dos atos do poder público, mormente dos atos discricionários, viabilizando o efetivo controle dos atos administrativos, verificando se estes, de fato, atendem ao interesse social. No que se prende à contextualização dos fatos e dos fundamentos jurídicos, vale a leitura de Sundfeld que, ao comentar sobre princípios administrativos, fala sobre o ônus imposto ao regulador de fundamentação e contextualização dos fatos nos seguintes termos: “Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de fomo explícito a regra geral que vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos”. SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 581947*. Tribunal Pleno, Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 27 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+581947%2ENUMER%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+581947%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/agflutz>>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹²⁸ Ibidem.

2.2 DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É nesse sentido que o estudo dos princípios¹²⁹ da Administração Pública, ou seja, “postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”¹³⁰ ganha importância singular.

É de se destacar que, embora muito já se tenha escrito e existam numerosos estudos sobre o tema, não existe um consenso em torno dos princípios da Administração, há divergências quanto ao número de princípios e quais seriam estes. Sem embargo, é de se observar que alguns princípios são sempre elencados, dentre eles o princípio da legalidade¹³¹.

Segundo Bandeira de Mello, trata-se de princípio basilar para a configuração do Estado de Direito¹³², inscrito nos Arts. 5º, II, 37, *caput*, 84, IV, todos da CF/88 e implica a submissão do Estado à lei, de forma que a ação estatal consiste em atividade sublegal e só é permitida na conformidade da lei, emitindo “comandos complementares à lei”¹³³. Nas palavras de Carvalho Filho, “significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”¹³⁴ e, conseqüentemente, pode ser anulada em eventual controle de legalidade já aduzido.

Bandeira de Mello afirma que o princípio da legalidade é a expressão jurídica do objetivo político de freios e contrapesos, e visa extirpar a arbitrariedade, limitar aqueles que detêm o poder, evitando favorecimentos, perseguições e afins, opondo-se a qualquer forma de autoritarismo com fundamento na cidadania, ou seja, na soberania popular.¹³⁵ Assim, caberia ao Legislativo a definição dos “interesses públicos e os meios e modos de persegui-los,

¹²⁹ Sundfeld anota que, no Direito, existem dois significados para “princípio”: o de início, relacionando-se à dicotomia princípio e fim; e o de principal, relacionando-se com a dicotomia principal e secundário. Ao longo deste trabalho adotar-se-á sempre a segunda referência. SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 63.

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos S. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

¹³¹ A doutrina aponta a existência de diversos princípios atinentes à Administração Pública; Bandeira de Mello, por exemplo, afirma existirem quatorze princípios, enquanto Carvalho Filho aponta para a existência de treze (ressalte-se que os princípios diferem entre si, ou seja, vai além de uma questão estritamente numérica). Estes princípios, como o da proporcionalidade, da razoabilidade, da motivação, da impessoalidade, etc., são tão importantes quanto o princípio da legalidade e, para uma compreensão mais aprofundada do tema em questão, é imperioso que se faça um estudo de todos estes princípios que orientam a ação da Administração. Entretanto, o princípio da legalidade requer um estudo mais aprofundado, a um pela profundidade de seu significado, a dois por ser considerado por muitos doutrinadores como o marco do nascimento do Estado de Direito, relacionando-se, pois, com o Estado Democrático de Direito, a três por muitas vezes ser visto como um obstáculo para a participação popular na Administração Pública, o que justifica a sua escolha para um tratamento pormenorizado.

¹³² MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99-100. Carvalho Filho anota que este princípio “tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito”.

¹³³ CARVALHO FILHO, José dos S. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20.

¹³⁴ Ibidem, p. 100.

¹³⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 20.

¹³⁶ MELLO, op. cit., p. 100

cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária”¹³⁶. Frise-se que esta submissão à lei se aplica para todo e qualquer agente do Estado.¹³⁷

A maior importância deste princípio, para Carvalho Filho, reside em seus efeitos e impacto para os direitos dos cidadãos. Segundo o autor, os cidadãos só podem ter seus direitos garantidos se o princípio da legalidade é observado, a partir da verificação da lei e da postura da Administração Pública.¹³⁸

Cabe observar que este princípio tem um caráter elástico, eis que varia dentro e conforme os limites permitidos pelo ordenamento jurídico pátrio¹³⁹. Segundo Bandeira de Mello, em razão da história política pátria, tem-se que, no Brasil, este princípio tem um caráter restritivo e rigoroso.¹⁴⁰ Assim, segundo o autor, quando a CF/88, em seu art. 5º, II, faz referência a lei, deve-se entender unicamente lei, não cabendo uma interpretação ampliativa. Noutro giro, o decreto previsto no art. 84, IV, da CF/88, também depende de lei, eis que visa dar cumprimento a sua fiel execução, inexistindo no Brasil a figura do regulamento autônomo.

Pelo exposto, para o autor, o princípio da legalidade impõe que a Administração faça somente o que lei determina e, ao agir, o faça pelos meios, formas e nos limites estabelecidos¹⁴¹, posto que a “administração é atividade subalterna à lei; que se subjeta inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só de fazer cumprir lei preexistente”¹⁴²

Tal qual Bandeira de Mello, Sundfeld também reconhece que “o perfil mais concreto que a legalidade deve ter, em cada época e situação, é algo muito polêmico entre os formuladores de teorias sobre o Estado, entre os juristas e os práticos”¹⁴³, o que perpassa pelas diferentes visões de mundo, experiências e modelos jurídicos que surgem a partir da realidade de cada país.¹⁴⁴

Entretanto, para Sundfeld,¹⁴⁵ a ideia do princípio da legalidade como submissão das atividades administrativas às leis em sentido estrito foi substituída para submissão às leis e ao

¹³⁶ MELLO, Celso A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 100-101.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 101.

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos S. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20.

¹³⁹ MELLO, op. cit., p. 101.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 102.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 105.

¹⁴² *Ibidem*, p. 103.

¹⁴³ SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 40.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 41-43.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 31.

Direito, tendo em vista que a Administração Pública, em suas atividades, deve atenção não somente à lei, mas também aos regulamentos,¹⁴⁶ princípios,¹⁴⁷ normas constitucionais.¹⁴⁸

Segundo o autor, o princípio da legalidade tal qual defendido por Bandeira de Mello consiste na solução inicial dada ao problema da Administração Pública. Nessa perspectiva, há uma eterna desconfiança para com os gestores, o que termina por inibir soluções criativas para os problemas, inexistindo espaço para deliberação do Administrador, de maneira que a Administração é vista como uma espécie de braço mecânico do Legislativo.¹⁴⁹

Embora esta concepção tenha sua importância histórica¹⁵⁰, é certo que nos dias de hoje esta visão é claramente insuficiente, sobretudo em razão da ampla gama de tarefas desempenhadas pela atual Administração Pública¹⁵¹, que exigem uma postura proativa, em oposição ao Executivo dantes, que somente implementava as decisões do Legislativo.¹⁵²

Nesse espírito, Sundfeld reconhece o papel essencial que desempenha a lei¹⁵³, entretanto, forçoso reconhecer que a atividade administrativa na atualidade vai muito além da mera execução¹⁵⁴:

“Grande parte dessas leis não contém a antecipação em abstrato de todos e cada um dos atos da Administração, embora elas sejam as responsáveis pela

¹⁴⁶ O autor alerta que, para a compreensão exata da observância dos regulamentos, é necessário atentar-se para a primazia da lei (legalidade em sentido fraco), ou seja, a atividade administrativa não pode ir contra a lei, e para a reserva de lei (legalidade em sentido forte), quando determinada matéria só pode ser regulada por meio de lei. É claro que a partir daí, como sublinha o próprio autor, surgem outras polêmicas, como delimitar quando há uma reserva de lei ou mesmo a delimitação do espaço do regulamento. Sem embargos, haveria uma chamada reserva geral de lei, pela qual exige-se sempre um tratamento mínimo da temática para que se possa delegar a competência normativa para a Administração. SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 32-34.

¹⁴⁷ Há de se salientar, aqui, que também devem ser observados, além dos princípios expressos, os chamados princípios implícitos. SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 32.

¹⁴⁸ A obediência a normas constitucionais se fundamenta em dois pilares: o primeiro é o controle de constitucionalidade desenvolvido no século XX e, em segundo lugar, pelo caráter mais diretivo que as novas Constituições assumiram. Resumindo, tem-se que em razão da gradativa mudança de Carta Política para “um conjunto de normas jurídicas vinculantes para as autoridades públicas”, a Administração Pública deve observar as normas constitucionais. SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31.

¹⁴⁹ SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 133.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 137 e 139-140.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 137.

¹⁵² *Ibidem*, p. 135.

¹⁵³ Ressalte-se, aliás, que este reconhecimento é feito expressamente por Sundfeld, nos seguintes termos: “Como ponto de partida ele reconhece a importância que Constituição de 1988 atribui à lei formal como mecanismo de submissão da Administração Pública ao Direito. Reconhece também, claro, que as competências administrativas, inclusive as normativas, têm de encontrar nas leis suas bases e limites. Mas o ensaio contesta a ideia monista de que a vinculação da Administração ao Parlamento ainda seja a alma do direito administrativo.”. SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 134.

¹⁵⁴ SUNDFELD, op. cit., p. 137-138.

instituição das organizações estatais e pela autorização e delineamento de sua ação futura. As atividades administrativas escoradas nessas bases não podem ser definidas como mera execução de leis; há nelas, claro, implementação do que as leis preveem, mas a função criadora da Administração nesses casos não pode ser minimizada: essas atividades são muito mais que execução. Administrar é também criar, a partir de leis. Essa Administração criativa, ao atuar, interagindo com o Judiciário e a sociedade, constrói uma história, envolvendo práticas, entendimentos jurídicos, normas administrativas etc., que adquirem algum grau de vida própria. Ao fim desse processo torna-se muito irrealista usar a ficção de que a Administração mesma e tudo o que ela faz seriam mecânicas aplicações de leis. A lei está na origem de tudo, é verdade, mas nem por isso a vida administrativa se reduz à execução de leis.”

Dito isto, torna-se claro que a Administração não se limita mais tão somente à lei em sentido estrito, mas sim à jurisprudência, ao Direito Internacional, à jurisdição constitucional, à própria Constituição, aos regulamentos expedidos pela Administração, etc.; há, pois, nas palavras de Sundfeld, uma concorrência legislativa¹⁵⁵.

Nesse particular, impende salientar que esta maior atuação da Administração não viola o Estado Democrático de Direito. Ora, é certo que hodiernamente o Legislativo deixou de ser a única esfera legítima de deliberação, tanto mais em razão da crise de legitimidade que atingem os governos a nível mundial, como já exposto.

Mendes, ao apresentar a obra de Peter Häberle, afirma que, em se considerando o “papel fundante da Constituição para a sociedade e o Estado”¹⁵⁶, todo aquele que vive sob seu domínio é, por consequência, seu intérprete, tanto mais porque as normas jurídicas só existem quando interpretadas, ou seja, adequadas ao tempo e realidade pública.

Segundo Häberle, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”¹⁵⁷, pelo que é necessário uma interpretação democrática, a qual não é possível sem participação do cidadão. Por isso, o aumento do número de intérpretes é decorrência da “necessidade de integração da realidade no processo de interpretação”¹⁵⁸, devendo-se questionar sobre os intérpretes e o seu papel.

Ora, é evidente que ao permitir a participação cidadã no governo torna-se o debate muito mais profícuo e legítimo, vez que aquele que será afetado diretamente pelo ato

¹⁵⁵ SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 154.

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar F. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 9.

¹⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

¹⁵⁸ MENDES, op. cit., p. 10.

normativo poderá participar de sua criação, haverá a inclusão de temas anteriormente ignorados¹⁵⁹ e, portanto, haverá uma maior crença na legalidade dos atos governamentais, uma maior disposição no cumprimento de suas normas.

Em regra, tende-se a desqualificar a maior atuação da Administração Pública e a participação do cidadão ao fundamento de que haveria uma omissão legislativa intencional, permitindo a ação normativa da Administração Pública, o que seria incompatível com a vinculação da Administração ao legislador.

Ocorre que, como bem salienta Sundfeld, o controle sobre os atos da Administração, quando se considera o aumento das fontes normativas, é vasto¹⁶⁰, mormente ao permitir que o cidadão possa acompanhar a concretização dos seus interesses.

Noutro giro, uma maior atuação da Administração não implica, *ipso facto*, uma diminuição do Legislativo; ao revés, como já exposto, esta atuação deve ser ancorada em leis e dispositivos que assim permitam esta flexibilidade.¹⁶¹

Deve-se esclarecer o papel desempenhado pela lei nesta nova configuração do princípio da legalidade, que, segundo Sundfeld, pode se dar em três níveis diferentes, a saber, (i) primazia da lei; (ii) genérica dependência da lei; (iii) reserva específica de lei.¹⁶²

A primazia da lei significa que a Administração Pública não pode contrariar as leis, ou seja, o Legislativo, a seu critério, impõe limites e obrigações à Administração, podendo este limite ser mais restritivo ou permissivo, fazendo-se presente, por exemplo, no *caput* do art. 37 da CF/88.¹⁶³

A genérica dependência da lei implica que a Administração não é autônoma, necessitando sempre agir com base em alguma lei, por mais genérica e ampla que seja, ancorando seus atos e regulamentos em outros já existentes. Sundfeld identifica três fundamentos constitucionais desta dependência genérica: o *caput* do art. 48 da CF/88, que afirma que o Legislativo pode dispor sobre qualquer matéria de sua competência federativa; o art. 5º, II, e o terceiro está espalhado ao longo da CF/88, exigindo lei para a organização da Administração Pública, como por exemplo o art. 37, XIX. Frise-se, contudo, que se trata de

¹⁵⁹ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de S. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 60.

¹⁶⁰ SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 147.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 147-148.

¹⁶² *Ibidem*, p. 156.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 155-156.

uma dependência genérica, que não estabelece o quanto a lei deve dispor e limitar a Administração.¹⁶⁴

A terceira vinculação da Administração Pública à lei consiste na reserva específica de lei, na qual o Legislativo tem reserva e prerrogativa para a atuação, cabendo à Administração Pública tão somente efetivar os termos da lei, como por exemplo o art. 170 da CF/88, ao estabelecer que a lei definirá casos em que a atividade econômica dependerá de autorização.¹⁶⁵

Assim, tem-se que a Administração Pública passou por mudanças significativas nos últimos anos no seu âmbito de atuação e, conseqüentemente, no seu modo de agir, implicando, ainda, um a releitura de seus princípios.

Tal qual a democracia, a Administração Pública necessita acompanhar a dinâmica socioeconômica, o que só é possível em se abandonando a distância entre governantes e governados, por meio da participação cidadã na Administração Pública.

¹⁶⁴ SUNDFELD, Carlos A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 157-159.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 160.

3 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

3.1 DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como é cediço, em todo o mundo, a partir da década de 1950, intensificando-se na década de 1970, o Executivo e o Legislativo deixaram, gradativamente, de serem vistos como esferas representativas, vez que não atendiam mais as necessidades sociais. No território nacional, esta crise de legitimidade adquiriu novas matizes em razão do cenário político, como observa Mata-Machado¹⁶⁶:

“No Brasil a crise de credibilidade foi ainda mais aguda, porque a ditadura civil-militar, embora reprimindo de forma brutal os opositores, manteve uma fachada de democracia, que combinava a alternância de poder entre os generais com a redução da disputa eleitoral a apenas dois partidos”

Esta crise, segundo Mata-Machado, teria feito com que os partidos políticos abandonassem posições extremistas e se aproximassem do centro, já que aí são cabíveis posições dúbias a respeito de qualquer tema, ou seja, evita-se o atrito e, ao mesmo tempo, maximiza-se os interesses eleitorais.¹⁶⁷

Com o abandono, por parte dos partidos políticos, das pautas extremistas, observou-se que os movimentos sociais e, posteriormente, as Organizações Não-Governamentais, passaram a assumi-las, o que, segundo Mata-Machado¹⁶⁸, se justifica por três razões, a saber:

- “a) O espaço público ultrapassa as fronteiras do Estado, isto é, há uma esfera pública não-estatal onde os grupos organizados intervêm com a mesma legitimidade que os partidos políticos nos parlamentos;
- b) O debate parlamentar, limitado aos partidos, não basta para esgotar toda a gama de interesses e argumentos envolvidos nos múltiplos assuntos que afetam a sociedade. Portanto só têm validade efetiva as normas que resultam do debate público e deliberativo entre os atores sociais que são potencialmente afetados por essas mesmas normas;
- c) Os procedimentos da democracia representativa, por si sós, não dão conta de resolver problemas sociais cada vez mais complexos, cuja solução exige o

¹⁶⁶ MATA-MACHADO, Bernardo Novais da. A instituição conselho e a democracia: na história do Brasil e no conselho nacional de política cultural. Disponível em: <<http://consadnacional.org.br/wp-content/uploads/2013/05/068-A-INSTITUI%C3%87%C3%83O-CONSELHO-E-A-DEMOCRACIA-NA-HIST%C3%93RIA-DO-BRASIL.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Ibidem.

concurso de especialistas e o convencimento, a adesão e a participação dos cidadãos, de forma direta.”

Especificamente no Brasil, esta desilusão com os atores políticos desembocou em diversos movimentos, dentre outros o movimento dos sem-terra, o movimento de reforma psiquiátrica e o movimento indígena, que surgiram no final dos anos 1970 e intensificaram-se nos anos 1980, culminando na Constituição Federal de 1988.¹⁶⁹

É de suma importância, para a correta colocação do tema, entender a transição entre o regime militar e a Nova República e o que representou a Constituição Federal de 1988 na construção de novo espaço político.

Observa Torelly que a atual Constituição “foi a primeira com genuína participação popular”¹⁷⁰, superando paradigma então vigente regime militar, que exacerbou característica presente em todas as Constituições anteriores e partia do pressuposto que “o povo brasileiro é despreparado para o exercício do governo. Daí a necessidade de uma elite ilustrada governar, guiando uma população inculta e incapaz de decidir sobre os rumos da nação”¹⁷¹

Com base nesta premissa, o regime então vigente almejou a criação de “um direito ‘neutro’, produzido por especialistas, para evitar que a participação política prejudicasse o progresso”¹⁷², o que ocasionou sucessivos Atos Institucionais e outras legislações que restringiam os direitos individuais do cidadão.

Segundo Torelly, quando da transição para a democracia, uma das maneiras encontradas pelo regime militar para garantir uma transição sem rupturas foi a realização de uma nova Constituição, que deveria ser orientada pelo mesmo ideal anterior, leia-se, “tutelada por técnicos, promovendo ajustes mas sem permitir rupturas”¹⁷³. Neste ensejo, malgrado a oposição de parte da sociedade que desejava uma Constituinte exclusiva, aprovou-se a Emenda Constitucional n. 26, a qual convocou uma Constituinte derivada e compôs uma Comissão de Notáveis com cinquenta integrantes, responsáveis pela redação da nova Carta Política.

¹⁶⁹ Boaventura de Sousa Santos afirma que da redefinição dos agentes políticos no processo de democratização brasileiro dos anos 1980 surgiu a “ideia do ‘direito a ter direitos’”, reivindicando em especial “direitos a bens públicos distribuídos localmente”. AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de S. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56-57.

¹⁷⁰ TORELLY, Marcelo. Somos todos constituintes. *Revista de história da biblioteca nacional*. Rio de Janeiro, n. 114, p. 37-41, mar. 2015, p. 37.

¹⁷¹ Ibidem, p. 37. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 129.

¹⁷² Ibidem, p. 37-38.

¹⁷³ Ibidem, p. 39.

Entretanto, Torelly anota que, à época, a sociedade civil estava organizada, motivada pela resistência ao regime militar e, sobretudo, pelo movimento das “Diretas Já”, de forma que a Comissão de Notáveis foi compelida a dialogar com a sociedade¹⁷⁴:

“O anteprojeto constitucional não teve condições políticas de ser enviado ao Congresso Nacional. Pela primeira vez na história nacional, uma Constituição seria escrita sem texto-base enviado pelo governo, sem um processo decisório prévio acordado entre as elites e com reduzida tutela dos donos do poder.”

Ao longo do trabalho das comissões e subcomissões registrou-se 9970 sugestões apresentadas por coletivos sociais¹⁷⁵, os quais em grande parte foram motivados pela incapacidade do Executivo e Legislativo em atenderem as demandas sociais.

É neste contexto que nasceu a Constituição Federal de 1988, que mobilizou a sociedade e que, em atenção aos diversos movimentos sociais, trouxe em seu corpo direitos e inovações, como, por exemplo, a igualdade de todos os cidadãos, sem qualquer discriminação, um capítulo especialmente dedicado aos índios, etc. Perceptível, pois, a importância da atual Carta Magna para a construção de um espaço social democrático e participativo.

A participação popular na Administração Pública, seja no processo decisório de políticas públicas, seja na elaboração de leis, não é, portanto, um capricho, mas, ao revés, de verdadeira obrigação constitucional. Após o advento da atual Constituição, diversas iniciativas jurídicas abordaram o tema, dentre outras, a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, alterando a redação do parágrafo 3º do art. 37da CF/88.¹⁷⁶

3.2 DAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Uma vez estabelecido o tema e fixado a sua importância, há de se salientar as formas que o cidadão pode interferir na Administração Pública. Nesse aspecto, Di Pietro, reconhece

¹⁷⁴ TORELLY, Marcelo. Somos todos constituintes. *Revista de história da biblioteca nacional*. Rio de Janeiro, n. 114, p. 37-41, mar. 2015, p. 41.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 41.

¹⁷⁶ § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

diversas formas de atuação do particular no Estado, sempre associando-as à evolução do Estado. A primeira forma de atuação particular na Administração Pública é, segundo Di Pietro, a concessão de serviço público, que se deu em razão do crescimento da atividade estatal, o que forçou a Administração a delegar certas atividades, ou seja, concessão de serviço público, que seria a primeira forma de atuação do particular.¹⁷⁷ Haveria aqui um particular sub-rogando-se no lugar do Estado.

Com a crescente complexidade da Administração, que continuamente aumenta sua esfera de atuação, Di Pietro anota que surgiram outras formas de atuação do particular, tais como¹⁷⁸

“Os contratos de locação de serviços ou de obras públicas; a requisição de serviços como se verifica no caso dos jurados, dos que prestam serviço militar, dos que são convocados para trabalhar nas eleições; a delegação a titulares de certas profissões, como intérpretes oficiais, os tradutores públicos, os leiloeiros, os comissários de menores; os convênios pelos quais o Poder Público se associa ao particular para prestação de serviços de interesse comum, a exemplo do que se dá, no direito brasileiro, especial na área social (educação, saúde, assistência social, cultura); os particulares que, em decorrência de sua própria profissão, desempenham serviços delegados pelo poder público, como é o caso dos notórios, dos comandantes de navio (que exercem poder de polícia e praticam atos referentes ao estado civil), dos padres (que celebram casamento com efeitos civis; há, ainda, os particulares que prestam serviços públicos sem qualquer título específico ou genérico, substituindo-se à Administração em casos de urgente necessidade. Típicos exemplos são as ordens dadas e feitas cumprir, inclusive pela força, para aplacar tumultos, impedir a propagação de um incêndio, prestar socorro em casos de calamidade, etc.”

A peculiaridade de todas as formas de atuação do particular na Administração reside no fato de que há um elemento privado, que é o sujeito que exerce esta atividade, sem qualquer vínculo empregatício com a Administração Pública, bem como há um elemento público, que diz respeito à atividade em si.

Nesse sentido, Di Pietro afirma que tais particulares sujeitam-se a um regime dúplice: em que pese a natureza de ato administrativo dos atos jurídicos exarados por esses particulares, que se sujeitam ao poder disciplinar do Estado e “exercem uma parcela de poder de polícia sobre as pessoas que se utilizam dos serviços públicos”¹⁷⁹, tais particulares também

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 503-513, set. 1993, p. 504.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 505-506.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 506.

tem o direito de “desempenhar essas atribuições sem interferências indevidas da Administração Pública”¹⁸⁰, aproximando-se, portanto, da figura da autarquia e outras entidades da Administração Indireta.

O terceiro tipo de participação do particular nasce na década de 1950 e é catapultada pela “passagem do Estado monoclasse para o Estado pluriclasse”, de forma que não há mais um interesse público, mas sim múltiplos interesses públicos, anseios de diferentes setores da sociedade. Esta passagem, segundo a autora, também coincidiu com um aumento da complexidade da aparato estatal, o que levou a uma “burocratização do mundo”.¹⁸¹

Nesse cenário, Di Pietro afirma que o Estado adotou três posturas distintas, (i) assumindo alguns serviços públicos, surgindo então empresas estatais e fundações, entes submetidos ao art. 175 da CF/88; (ii) outras atividades foram relegadas à iniciativa privada, agindo o Estado a título de intervenção econômica e de forma subsidiária, o que de fato nunca ocorreu em razão da prevalência do capital público; (iii) o fomento de atividades que não foram avocadas para o Estado nem mesmo sob o caráter subsidiário. É a partir deste fomento, entendido como a “atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público”, que surge a atividade paraestatal, trata-se de “uma atividade que o Estado procura atender utilizando-se do particular”¹⁸².

É nesta terceira fase que surge a participação popular na Administração Pública, não há mais a simples delegação ao particular ou a colaboração em atividades específicas, há a efetiva participação do administrado na gestão e no controle do Estado, a qual, como já sobejamente demonstrada, é necessária e benéfica. Nesse sentido, Di Pietro destaca que a participação popular é “uma característica essencial do Estado de Direito Democrático”.¹⁸³

Ferrier (*apud* Di Pietro) entende que a participação popular pode se dar por três modalidades distintas, a saber, (i) a participação ideológica, na qual se colabora para a eleição de um representante para atuação junto ao governo, ou seja, trata-se de uma participação mediata; (ii) participação direta, na qual não há qualquer intermediário entre o administrado e o Estado; (iii) participação psicológica, na qual existe um representante entre os administrados

¹⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 503-513, set. 1993, p. 506.

¹⁸¹ Ibidem, p. 507.

¹⁸² Ibidem, p. 507.

¹⁸³ Ibidem, p. 508.

e o poder público, mas há uma maior proximidade entre o cidadão e o administrado, uma forma de transição entre a participação direta e a participação ideológica.¹⁸⁴

Com base nestes conceito, Di Pietro apresenta seis formas de participação popular na administração pública, sendo duas diretamente e quatro indiretamente¹⁸⁵, são elas:

(i) diretamente¹⁸⁶:

(i.i) direito de ser ouvido – trata-se de direito conexo ao direito de defesa e do devido processo legal que, segundo a autora, vai além do processo judicial, devendo ser assegurado em qualquer hipótese de limitação ao exercício de direitos individuais¹⁸⁷;

(i.ii) enquête – pode ser definida como a “consulta à opinião pública sobre assuntos de interesse geral”, que, segundo a autora, se faz presente no Brasil, de forma embrionária e sem que seja institucionalizada, nas audiências públicas¹⁸⁸ e na publicação de anteprojeto de leis, com fito de receber comentários e sugestões¹⁸⁹;

¹⁸⁴ Jean Paul Ferrier. La participation des administrés aux décisions de l'administration. Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 503-513, set. 1993, p. 508.

¹⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 503-513, set. 1993, p. 509-511.

¹⁸⁶ Forma importante de participação popular direta não mencionada no artigo sob estudo é a propositura de lei, prevista no art. 14, III c/c 61, §2º, ambos da Carta Política. Para tanto, deverá a proposta ser submetida à Câmara dos Deputados, subscrita por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco estados, com não menos três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

¹⁸⁷ Em que pese o acerto da autora em afirmar que o direito de ser ouvido aplica-se em qualquer caso de restrições de fruição de direitos, este direito não se apresenta como uma forma de participação popular na administração pública tal qual abordado nesse trabalho. Isso porque, tal qual denuncia o próprio nome, trata-se de um direito e não de uma forma específica de influenciar decisões da Administração Pública. É dizer, o direito de ser ouvido revela-se como um requisito para a participação popular aqui estudada. Saliente-se inclusive que o direito de ser ouvido é uma das condições estabelecidas por Dahl para a democracia. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal também entende que este direito é uma das dimensões da garantia do devido processo legal, o que corrobora com o argumento de não se tratar de participação popular. Nos autos do MS 24268, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17.09.2004, pp. 53, o Tribunal assentou que o “Direito de defesa [foi] ampliado com a Constituição de 1988”, incidindo em “todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processos”, anotando que “O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica”. Com efeito, no voto condutor, o Min. Gilmar Mendes asseverou que a garantia do devido processo insculpada no inciso LV do art. 5º da Carta Magna compreendia três dimensões, quais sejam, “1) direito de informação (Recht auf Information), que assegura o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes/ 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmefähigkeit) para contemplar as razões apresentadas”. Por estas razões, em que pese a importância deste direito para o tema em estudo, não pode o mesmo ser considerado uma forma de participação popular na administração pública, ao revés, deve ser encarado como pré-requisito, uma condição necessária, mas não suficiente.

¹⁸⁸ À época do artigo em comento (1993), não havia, de fato, institucionalização deste mecanismo. Entretanto, com a edição da Lei 9427/96, que criou a ANEEL, esta medida tornou-se obrigatória no âmbito da agência reguladora sempre que houver “afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores”. Outrossim, a Lei 9478/97, que criou a ANP, em seu art. 19, também dispõe que “As iniciativas

(ii) indiretamente:

(ii.i) participação popular em órgãos de consulta – segundo a autora, esta forma de participação surgiu em regimes autoritários, mantendo-se, contudo, nos regimes democráticos, por meio de distintos órgãos, como conselhos, comissões, comitês, etc., e podem ser provisórios ou permanentes, destacando-se, na perspectiva da autora, o Conselho da República¹⁹⁰, em nível constitucional¹⁹¹, e, em nível infraconstitucional, o Conselho Federal de Educação¹⁹², o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos¹⁹³ e o Conselho Tutelar. É importante esclarecer que estes órgãos, como transparece o próprio nome, são consultivos, não possuindo suas decisões e opiniões força vinculativa;

(ii.ii) participação popular em órgãos de decisão - também chamado de co-gestão, aproxima-se muito da participação em órgãos de consulta, diferenciando-se pela força vinculativa do conselho. Di Pietro inclusive ressalta que alguns órgãos consultivos são

de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP"

¹⁸⁹ Aqui, ao que parece, a autora esqueceu-se de elencar, o plebiscito e o referendo, previstos no art. 14, I e II, da Carta Política. Em que pese a ausência de regulamentação à época do artigo, é certo que tais formas já se encontravam positivadas na Carta Magna. Com efeito, o art. 2º da Lei 9709/98 conceitua tais institutos como “consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa”. Evidencia-se, pois, que este tais institutos aproximam-se muito da “consulta à opinião pública sobre assuntos de interesse geral”. A respeito de tais institutos, cabe destacar que a diferença entre eles reside no momento da consulta, “o plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.” (art. 2º, §1º, da Lei 9709/98), enquanto “o referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.” (art. 2º, §2º, da Lei 9709/98). Mendes, Coelho e Branco afirmam que o referendo pode atribuir eficácia ao ato legislativo (condição suspensiva) ou retirar a eficácia do ato (condição resolutiva). MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G.. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 714.

¹⁹⁰ Cumpre destacar que, por meio do Conselho da República, permite-se ao cidadão (referido conselho tem em sua composição seis cidadãos), opinar sobre aspectos cruciais e basilares da democracia brasileira (de acordo com o art. 90 da CF/88, o conselho manifestar-se-á sobre intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio e questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas). Como observa Torres, trata-se de Conselho de singular importância por permitir a superação de crises por meio institucional, favorecendo a governabilidade e o consenso e, apesar desta competência sobremaneira importante e de encontrar-se devidamente regulamentado pela Lei 8041/90, este Conselho nunca foi formalmente convocado. Cf. TORRES, Heleno T., *Convocação do conselho da república é oportuna para enfrentar crise*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/heleno-torres-conselho-republica-oportuno-enfrentar-crise>>. Acesso em 22 ago. 2015

¹⁹¹ Ainda a nível constitucional, cite-se o Conselho de Comunicação Social, que tem em sua composição cinco membros da sociedade civil (art. 4º, IX, da Lei 8389/91, que regulamentou o art. 224 da CF/88), que se destaca por ser associado ao Poder Legislativo. É importar sublinhar que, da época da publicação do artigo em comento (1993), até a presente data, outros conselhos contando com a participação popular foram desenhados pela Constituição, em especial o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B da CF/88) e o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A da CF/88), ambos introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/04 e contam com a participação de “dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal”.

¹⁹² Transformado em Conselho Nacional de Educação pela Lei 9131/95.

¹⁹³ Recentemente transformado em Conselho Nacional de Direitos Humanos pela Lei 12.986/14.

também de decisão, como, por exemplo, o Conselho Federal de Educação e o Conselho Tutelar;

(ii.iii) participação por meio do “ombudsman”¹⁹⁴ – como revela o nome, trata-se da participação por meio de um ouvidor, um intermediário. Segundo a autora, é um órgão de proteção dos cidadãos associado ao parlamento e que possui diversas prerrogativas no controle da Administração Pública¹⁹⁵, atuando com independência e sem formalismo, podendo agir de ofício ou mediante provocação e, em se verificando a ocorrência de irregularidades, o ombudsman não pode agir repressivamente ou anular ou revogar o ato praticado.¹⁹⁶ Di Pietro observa que, com exceção de iniciativas isoladas, como a Ouvidoria Municipal de Curitiba, posteriormente extinta e agora retomada¹⁹⁷, não há no Brasil a figura

¹⁹⁴ A despeito da semelhança do ombudsman com as ouvidorias públicas existentes no Brasil, é de se ressaltar que estas últimas ainda desempenham um papel tímido quando comparado com o papel dos ombudsmen no mundo. A título de ilustração, cf. o funcionamento do ombudsman na Alemanha no tocante aos bancos privados, como explicitado pelo prof. Klaus Hopt em palestra no Superior Tribunal de Justiça. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Notícia. Ministros do STJ prestigiam palestra de professor alemão sobre Ombudsman de Bancos Privados. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/noticias-do-cjf/2014/fevereiro/ministros-do-stj-prestigiam-palestra-de-professor-alemao-sobre-ombudsman-de-bancos-privados>>. Acesso em 23 ago. 2015.

¹⁹⁵ A respeito do papel do ombudsman, Sarmento explica os limites de suas atividades em parecer: “Diversas características são geralmente atribuídas ao Ombudsman, com destaque para a base constitucional da sua atuação, e a independência política, administrativa, financeira e funcional de que desfruta no exercício de suas funções. Tais funções, por sua vez, podem abarcar a supervisão das atividades da administração pública e a proteção dos direitos humanos, dentre outras atividades.”. Este leque amplo de atividades, definido sempre em linhas gerais, sem maiores detalhes, pode ser explicado em razão da “variabilidade, que se constata diante dos contornos diferenciados que adotou em cada país – e mesmo no âmbito internacional – a partir dos contextos e necessidades distintas.”. Nessa toada, o autor anota que o ombudsman na Europa tem um papel de fiscalização da Administração Pública, enquanto na América Latina o ombudsman tende-se a ocupar com os direitos fundamentais. SARMENTO, Daniel. Parecer: dimensões constitucionais da defensoria pública. Disponível em <http://www.anadef.org.br/images/Anexos_pdfs/Parecer_ANADEF_Daniel_Sarmento_1.pdf>. Acesso em 23 ago. 2015.

¹⁹⁶ É importante diferenciar a figura da ouvidoria e do serviço de atendimento ao cidadão. Segundo a ouvidoria geral da união: “A atuação da ouvidoria é diferente da atuação de um serviço de atendimento ao cidadão (SAC), a exemplo dos 0800, Sala do Cidadão, Fale Conosco, Call Center etc, pois tem possibilidade de tratar as manifestações da sociedade com maior acuidade. A ouvidoria não é apenas um instrumento ou mesmo um canal entre o cidadão e a Administração Pública. Trata-se de uma instituição de participação que, juntamente com os conselhos e as conferências, tem o dever de promover a interação equilibrada entre legalidade e legitimidade.” BRASIL. OGU. Orientações para implementação de uma unidade de ouvidoria: rumo ao sistema participativo. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ouvidoria/arquivos/ogu-implantacao-unidade-ouvidoria.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2015.

¹⁹⁷ A esse respeito, destaque-se que a Ouvidoria Municipal de Curitiba foi a primeira a ser implementada no Brasil, servindo de modelo para toda a América Latina e resolvia desde problemas cotidianos, como briga de vizinhos, até denúncias graves de uso da máquina administrativa, como venda de lotes em cemitérios. Como esclarece Paulo Salamuni, um dos autores do projeto, a ideia era demonstrar ao cidadão que o governo estava atento aos problemas enfrentados pela cidade e funcionava como órgão apto a receber denúncias de qualquer um que se sentiu lesado. Luis Silva, outro autor do projeto, afirma que o papel mais importante era a desburocratização da administração, estabelecendo canais de comunicação entre a Administração e a população. A extinção da ouvidoria, que havia sido instaurada por ato do Executivo, se deu em razão da lei orgânica do município, que estipula que a mesma deveria ser vinculada ao Poder Legislativo. Assim, a Ouvidoria Municipal de Curitiba está sendo reimplementada consoante a lei orgânica e, segundo os autores do projeto original, trata-se do primeiro modelo do tipo no país, além de um modelo aperfeiçoado da antiga Ouvidoria, por evitar a sobreposição de funções e permitir que a ouvidoria desempenhe o seu papel como órgão de apoio ao Legislativo.

do ombudsman.¹⁹⁸ Por fim, ressalte-se que o projeto Afonso Arinos criava a figura do Defensor do Povo¹⁹⁹, inspirado na experiência espanhola. Entretanto, a figura do Defensor do Povo não vingou, estando sua função dispersa em diversas instituições, como o Ministério Público, associações e sindicatos, comissões parlamentares, Defensoria Pública²⁰⁰, etc.;

Entretanto, é curioso observar que a cidade que serviu de inspiração para o modelo agora caminha na contramão da tendência atual, tendo em vista que o próprio manual da ouvidoria geral da união recomenda a independência. CURITIBA. Câmara Municipal de Curitiba. [Site]. Disponível em <http://www.cmc.pr.gov.br/ass_det.php?not=24407#&panel1-1>. Acesso em 23 ago. 2015.

¹⁹⁸ Frise-se que o Senador Marco Maciel propôs a criação do papel do ouvidor geral da república ainda em 1988 (PLS 54/1988), o qual, após ser aprovado pelo Senado Federal, foi arquivado pela Câmara Federal em 1995. No plano federal, cabe destacar que a primeira ouvidoria pública federal foi criada em 1992, pela lei nº 8.490/1992 que instituiu a ouvidoria geral da república, dentro da estrutura do Ministério da Justiça. Já em 2002, o Decreto nº 4.177/2002 transferiu as competências de ouvidoria geral da república para a corregedoria geral da união (atualmente controladoria geral da união), exceto no que tocava aos direitos humanos. Ainda no que toca às ouvidorias públicas, é importante destacar a emenda constitucional nº 19, que incluiu o inciso I do §3º do Art. 37, e estabeleceu que a lei regulamentará “as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços”. Em atenção a este dispositivo, em 2000, o Decreto nº 3.507 criou diretrizes para a fixação de padrões de qualidade do atendimento prestado pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, indireta e fundacional que atendem diretamente aos cidadãos, estabelecendo a obrigatoriedade da aferição do grau de satisfação dos usuários com o atendimento recebido. Saliente-se que, malgrado a importância do tema, a lei em comento ainda não foi editada, o que não impediu, contudo, a instalação de diversas ouvidorias; na administração federal existem, aproximadamente, duzentas e cinquenta ouvidorias funcionando de forma integrada. Contudo, em que pese a profusão de ouvidorias hoje existentes, a observação de Di Pietro continua válida, pois não há um único local apto a atender às demandas do cidadão em sua totalidade, existindo, em seu lugar, diversos entes legitimados e diversas ouvidorias.

¹⁹⁹ Art. 56 – É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição.

§ 1º – O Defensor do Povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas.

§ 2º – Lei complementar disporá sobre a competência, a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo, observados os seguintes princípios:

I – o Defensor do Povo é escolhido, em eleição secreta, pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, entre candidatos indicados pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato não renovável de cinco anos;

II – são atribuídos ao Defensor do Povo a inviolabilidade, os impedimentos, as prerrogativas processuais dos membros do Congresso Nacional e os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

III – as Constituições Estaduais poderão instituir a Defensoria do Povo, de conformidade com os princípios constantes deste artigo. BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto constitucional. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em 23 ago. 2015.

²⁰⁰ Conclui Sarmento: “Nesses termos, não resta dúvida de que a Defensoria Pública da União exerce função de ombudsman. Como visto, trata-se de entidade autônoma, dotada de estatura constitucional, cujas funções institucionais abrangem ‘a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados’ (art. 134, caput, CF) (...). De todo modo, o desempenho da função de ombudsman pela Defensoria Pública da União está delimitado pelo escopo das suas finalidades institucionais, que, conforme o disposto no art. 134 da CF, se ligam especialmente à defesa de indivíduos e grupos hipossuficientes e vulneráveis. Noutro giro, o reconhecimento da atuação da DPU como ombudsman não exclui o enquadramento de outras instituições nacionais na mesma categoria, como é o caso da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, órgão do Ministério Público Federal, que é, inclusive, integrante da FIO.”. SARMENTO, Daniel. Parecer: dimensões constitucionais da defensoria pública. Disponível em <http://www.anadef.org.br/images/Anexos_pdfs/Parecer_ANADEF_Daniel_Sarmento_1.pdf>. Acesso em 23 ago. 2015.

(ii.iv) participação por via do Poder Judiciário – por fim, a última forma de participação popular apontada por Di Pietro é a participação pelo Judiciário, sendo esta, segundo a autora, a forma mais eficaz de participação cidadã. Nesta hipótese, o “procedimento judicial é utilizado como veículo de realização do princípio participativo: o processo opera como um instrumento de torna possível a presença e o envolvimento de particulares e de grupos no controle da Administração Pública”²⁰¹. Nesse sentido, a CF/88 desempenharia um papel crucial em razão da introdução dos direitos coletivos²⁰² no rol de direitos fundamentais, legitimando grupos sociais organizados, com destaque para a ação popular, conquanto sua legitimidade seja restrita a pessoa física.²⁰³

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*. v. 9, n. 9, p. 503-513, set. 1993, p. 511.

²⁰² A respeito da tutela de direitos coletivos, cf. o projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, PL 5139/09, BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 5139/09. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em 23 ago. 2015.

²⁰³ Aqui, renovada vênua, não é possível a inclusão da “participação por via do poder judiciário” como forma de participação cidadã tal qual proposto no presente trabalho. Isso porque o cidadão ou a associação legitimada não poderá, por meio do judiciário, influenciar na tomada de decisões, podendo, no máximo, exigir a proteção de sua esfera de direito, isto é, não há um debate efetivo em torno de melhores alternativas ou a melhor aplicação do orçamento, etc. Há de se destacar, contudo, que o judiciário desempenha um papel de extrema importância para o tema em questão, que não pode ser ignorado de forma alguma, vez que suas decisões são coercitivas e de grande impacto na sociedade. Nesse sentido, cite-se três recente decisões do STF, a primeira, sob o rito da repercussão geral, tomada nos autos do RE 592581, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13.08.2015 e ainda não publicado na qual se assentou a possibilidade do judiciário intervir e “impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Ressalte-se, entretanto, que o voto condutor (disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Priso.es.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2015), tomou todas as devidas precauções para que não se sucedesse ao administrador. Trata-se, na verdade, de consolidação de já remansosa jurisprudência na Suprema Corte, que nos autos da ADPF 45, Rel.: Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004, já afirmava que o Judiciário “não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”. Afirma o Min. Relator que “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ‘Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatuto constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”, concluindo então que “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais,

3.3 DAS CRÍTICAS À PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE SEUS LIMITES

3.3.1 Das críticas à participação popular

afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.” O segundo precedente importante foi tomado nos autos da ADI 3943, Rel.: Min. Cármen Lúcia, DJe 06.08.2015, na qual se assentou definitivamente a legitimidade da defensoria pública para a propositura de ação civil pública, importante instrumento judicial para a tutela de direitos coletivos não mencionado pela autora em estudo). Para além disso, é possível afirmar que o STF entendeu pela possibilidade de ampliação do rol de legitimados para o manejo desta ação. Com base na lição de Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1223-1224), a Suprema Corte afirmou que três princípios que devem orientar a interpretação constitucional, quais sejam: (i) "o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual 'a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre suas normas. (...) Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios’"; (ii) "o princípio do efeito integrador a indicar que 'na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.'"; (iii) "o princípio da máxima efetividade, 'também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. E um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais’". Assim, o STF entendeu que "a 'solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência’", autorizando a conclusão da ampliação do rol de legitimados aptos a defender a coletividade, isto é, não é possível afirmar que somente esta ou aquela entidade é legitimada para a defesa de direitos coletivos, sob pena de violação ao princípio integrador. Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça já entendia pela ampliação deste rol, como, por exemplo, no REsp 549.794, Rel.: Min. Laurita Vaz, DJ 05.11.2007, no qual se entendeu pela possibilidade do sindicato ajuizar o referido instrumento, assemelhando-se às associações. Uma terceira decisão importante para o assunto em comento foi tomada nos autos da ADPF 130, Rel.: Min. Carlos Britto, DJe 06.11.2009, que declarou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5250/67), o que permitiu uma maior difusão de informações e liberdade de expressão, que são, relembre-se, condições do modelo de Dahl. Com efeito, observa-se que o Judiciário, como não poderia deixar de ser, vez que um dos poderes do Estado, desempenha um papel sobejamente importante para o tema em comento, que não pode ser, sob qualquer hipótese, ignorado. Entretanto, por não ser este o papel precípua do judiciário e por não existir um diálogo entre os afetados a partir da decisão não é possível considerar a "participação via poder judiciário" como uma forma de participação cidadã tal qual proposto no presente trabalho. Como bem anotou o Min. Luiz Fux quando do julgamento do MS 32033, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, DJe 18.02.2014, "um standard de atuação legítimo do Poder Judiciário reside justamente na manutenção e adequado funcionamento das instituições democráticas (...). Se, por um lado, é legítimo admitir uma atuação menos contida pelo Poder Judiciário para assegurar os direitos individuais indispensáveis para a participação popular no procedimento democrático de tomada de decisões, por outro lado, o Poder Judiciário não pode antecipar o desfecho de um debate parlamentar, é no Parlamento, e não no Poder Judiciário, que as discussões devem ocorrer por excelência. Não se trata de um argumento acaciano, mas, ao revés, de um postulado ínsito à democracia, que não pode ser negligenciado." Por fim, em abono à crítica de impossibilidade de participação popular no judiciário, cabe salientar o instituto do *amicus curiae*, definitivamente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 13.105/15 e a iniciativa de observatórios. Nesse sentido, BOCHENEK, Antônio C. *Como aumentar a participação social no judiciário*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-20/segunda-leitura-aumentar-participacao-social-judiciario>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

Para além das críticas ideológicas que são feitas à participação cidadã²⁰⁴, a maior crítica reside numa suposta incongruência com o princípio da legalidade. Isso porque a criação de direitos e obrigações, ainda que dentro do âmbito da Administração Pública, somente seriam possíveis por meio de leis. Ocorre que a ação estatal²⁰⁵, a implementação de políticas públicas, implica a imposição de obrigações e a criação de direitos, necessitando, portanto, de lei.

Entretanto, como já salientado, esta incompatibilidade é apenas aparente e parte de uma interpretação restritiva do princípio da legalidade, de uma eterna desconfiança do Administrado para com a Administração.

Ademais, como bem lembra Rezende²⁰⁶, os direitos, garantias e princípios previstos no art. 5º da CF/88, dentre eles, o da legalidade, tem por objetivo a proteção do cidadão contra o arbítrio estatal, de forma que utilizá-los contra o cidadão, em flagrante defesa ao Estado²⁰⁷, é situação anômala e não condizente com a ordem vigente. É certo que a ação estatal surte efeitos concretos na vida dos administrados, criando obrigações e direitos. Todavia, como anota Rezende, nesta perspectiva, todo ato normativo que organiza o funcionamento da Administração Pública produz efeitos concretos sob os administrados.²⁰⁸ Noutro giro, não há que se cogitar, igualmente, qualquer inconstitucionalidade na criação de tais mecanismos por

²⁰⁴ Estas, aliás, são abundantes, como se pode observar a partir das críticas tecidas ao Decreto 8243/14, que instituiu a política nacional de participação social, contra o qual há o PDC 1491/2014, para sustar seus efeitos, atualmente em tramitação no Senado Federal. Tais críticas, contudo, não merecem maiores considerações, por se darem no plano ideológico, sem maiores argumentos jurídicos que as embasem e, ainda que superado este aspecto, rememore-se os diversos dispositivos constitucionais que buscam, a todo instante, aproximar a população e o governo.

²⁰⁵ Segundo Weber, ação pode ser definido como “comportamento humano (tanto faz tratar-se de um fazer externo ou interno, de omitir ou permitir) sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionem com um sentido subjetivo”, podendo o sentido ser uma realidade historicamente dada, uma aproximação média ou um tipo puro conceitual, desvinculando-se, portanto, da noção de certo ou verdadeiro. WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4. ed. Brasília: UnB, 2012, v. 1, p. 03.

²⁰⁶ REZENDE, Renato Monteiro. *Democracia administrativa e princípio da legalidade: a política nacional de participação social constitui matéria de lei ou de decreto?* Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td158>>.

Acesso em: 30 ago. 2015.

²⁰⁷ De todo o exposto é evidente que afastar o cidadão do espaço público beneficia sobremaneira o Estado, que se encontra livre para agir como entender correto.

²⁰⁸ A esse respeito, Rezende traz dois exemplos dignos de nota: (i) os antecedentes da Lei de Acesso à Informação, que se iniciou como expediente interno da Administração buscando por maior transparência, criando assim o Portal da Transparência; e, (ii) a vedação ao nepotismo, inicialmente regulamentado pelo CNJ, posteriormente confirmado pelo STF quando do julgamento da ADC 12, Rel.: Min. Carlos Britto, DJe 18.12.2009. REZENDE, Renato Monteiro. *Democracia administrativa e princípio da legalidade: a política nacional de participação social constitui matéria de lei ou de decreto?* Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td158>>. Acesso em 30 ago. 2015.

meio de atos do Executivo, como por vezes acontece, tendo em vista o poder regulamentar do Chefe do Executivo (art. 84, IV e VI da CF/88).

Para além desta crítica, que se prende a um aspecto formal, algumas outras críticas podem ser tecidas a respeito do tema, Ora, é inegável, como restou demonstrado nos tópicos anteriores, que desde a Constituinte as formas de participação popular tem aumentado significativamente, entretanto, pouco se diz a respeito da qualidade desta. Como observa Pontual²⁰⁹, as experiências com o orçamento participativo e conselhos haviam sido bem heterogêneas, algumas se revelando extremamente frutíferas, outras pífiás.

Além disso, segundo Pontual, há uma dificuldade de articulação entre os diferentes movimentos sociais e as diferentes formas de participação, sobretudo em razão de diferentes projetos e limitações (como, por exemplo, o orçamento participativo no âmbito federal), o que conduz a um problema de efetividade.

Tendo em vista estes aspectos, surgiu a ideia da política nacional de participação social, como uma tentativa de “consolidação das leis sociais”, aos moldes da consolidação das leis do trabalho, veiculada por meio do Decreto 8243/2014²¹⁰, almejando, além da consolidação de tais leis e iniciativas, incorporar tais práticas ao governo, por meio de propostas que não são um fim em si, envolvendo, por isso mesmo, diferentes partes.

Não obstante a proposta contida no Decreto e suas inovações, este está na iminência de ser sustado. O PDC 1491/2014, após ser aprovado na Câmara dos Deputados, foi enviado ao Senado Federal e atualmente está na Comissão de Constituição e Justiça desta casa, aguardando a designação de relator (tramitam também com a mesma iniciativa o PDC 1492/2014, PDC 1494/2014 e PDC 117/2014, os três primeiros oriundos da Câmara Federal e o último do Senado Federal). Ressalte-se que, na tentativa de reinstituir esta política com algumas alterações, tramita na Câmara dos Deputados o PL 8048/2014.²¹¹

²⁰⁹ LAVALLE, Adrian G.; SZWAKO, José. *Origens da política nacional de participação social*: entrevista com Pedro Pontual. Disponível em: <<http://novosestudios.uol.com.br/v1/contents/view/1567>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

²¹⁰ Para uma crítica ao Decreto, cf. POLETTI, Ronaldo R. de B. *Política de participação social*. Revista Jurídica Consulex, Brasília v. 18, n. 422, ago. 2014, p. 10. Para uma defesa do Decreto, cf. DIPP, Gilson. *O decreto n° 8.423 e a política nacional de participação social*. Justiça e Cidadania, Rio de Janeiro, n. 168, ago. 2014, p. 14.

²¹¹ Tramita também no Senado Federal o PLS 349/2015, que "Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público". Especificamente, o art. 28 dispõe a respeito de consulta pública, afirmando ainda que a contribuição da sociedade deve ser publicada, confira-se:

Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será considerada na decisão.

3.3.2 Dos limites da participação popular

Dito isso, há de se perquirir os limites da participação cidadã. No ponto, há de se atentar para o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 244, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.10.2002, na qual o governador do Estado do Rio de Janeiro questionou a constitucionalidade do artigo 183, §4º, “b” e “c”, da Constituição Estadual.²¹²

Como se depreende da ementa, referidos dispositivos subordinavam

“a nomeação dos Delegados de Polícia à escolha, entre os delegados de carreira, ao ‘voto unitário residencial’ da população do município; sua recondução, a lista tríplice apresentada pela Superintendência da Polícia Civil, e sua destituição a decisão de Conselho Comunitário de Defesa Social do município respectivo.”

O pedido foi julgado procedente por violação aos artigos 2º; 25, §1º; 34, III; 84, II; 144, §6º, todos da CF/88, ao fundamento de que

“as normas impugnadas opõem um sistema de co-participação popular no exercício do poder – que não se acha previsto na Constituição (art. 5º, LXXXIII; art. 10; art. 14, nºs I a III, v.g.) – ao postulado da separação de poderes, que configura um dos núcleos irreformáveis da vigente ordem constitucional (art. 60, §4º, III).”

O STF entendeu que, malgrado diferentes formas de participação popular prevista na Constituição Federal, esta não havia previsto qualquer forma de participação popular no âmbito da segurança pública, acrescentando que “As polícias Cíveis, dirigidas por Delegados de Polícia de Carreira, acham-se diretamente subordinadas aos Governadores dos Estados”, de maneira que as normas questionadas afetavam a

§ 1º. A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º. É obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo.

§ 3º. Em caso de relevância e urgência, a consulta poderá se iniciar quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 (cento e vinte) dias. BRASIL. *Projeto de lei do senado federal nº 349/2015*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 244. Tribunal Pleno, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 11 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+244%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+244%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cqjnhq>>. Acesso em 01 set. 2015.

“competência constitucional do Chefe do Poder Executivo, eis que deferem a particulares, desde que contribuintes dos impostos sobre propriedade predial e territorial urbana, o poder de prover o cargo de Delegado de Polícia, nos Municípios, a partir de lista tríplice apresentada pelo Superintendente da Polícia Civil, mediante processo eleitoral.

Saliente-se, também, que as normas impugnadas preveem a desqualificação funcional da autoridade policial, até mesmo à revelia do Chefe do Poder Executivo estadual, por decisão exclusiva tomada pela ‘... maioria simples do Conselho Comunitário da Defesa Social onde atuar’ (art. 180, §4º, ‘b’). Esse órgão colegiado, investido de atribuições de assessoramento – prescreve a Constituição do Estado do Rio de Janeiro – compor-se-á de membros nomeados pelo Governador do Estado, após indicação pelos órgãos e entidade diretamente envolvidas na prevenção e combate à criminalidade, bem assim por instituições representativas da sociedade, ‘sem qualquer ônus para o erário ou vínculo com o serviço público’ (Art. 180, §3º).

Registro, ainda, que dentre os atos referidos, há um que parece haver instituído – ou reinstituído, posto que existente sob a Carta Política do Império do Brasil, de 1824 (art. 45, IV; art. 92, V; art. 93; art. 94, I; art. 95, I) – o sistema de democracia censitária (...) ao designar o colégio eleitoral destinado a escolher o Delegado de Polícia dos Municípios, parece haver estipulado requisito discriminatório, hostil ao princípio da isonomia, pois exigiu, como pressuposto necessário ao exercício do direito de sufrágio, a condição de proprietário do eleitor.”

Ora, o argumento de se tratar de forma de participação popular não prevista na CF/88 não impressiona, trata-se da já superada crítica quanto ao princípio da legalidade travestida sob a matriz constitucional. Ressalte-se que diversas formas de participação popular não estão previstas na Carta Magna, constando somente em lei, como no caso de audiências públicas no âmbito da ANP, ou mesmo em atos infralegais, como o Decreto nº 3.076/99, que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE).

Lado outro, afastar a participação popular tão somente por se tratar de segurança pública não se revela consentâneo com o ordenamento jurídico. Rememore-se que a CF/88 estabelece que todo poder origina e fundamenta-se no povo, sem qualquer reserva. Outrossim, há dispositivos constitucionais claros que aproximavam o administrado e a administração pública, novamente sem qualquer reserva. Não é possível excluir a participação cidadã única e exclusivamente em razão da temática, não obstante sua complexidade²¹³.

Com efeito, ressalte-se o papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Segurança Pública – CONASP, criado pelo Decreto 7413/2010, que conta coma participação popular.

²¹³ Repise-se que duas das áreas mais complexas e técnicas (energia elétrica e petróleo e gás) exigem a participação popular, como já comentado.

Não se duvide da inconstitucionalidade das normas objurgadas, entretanto, isso se dá em razão do voto censitário e da interferência direta na organização interna da Administração, retirando a subordinação das forças policiais ao governador. Isto posto, verifica-se que a inconstitucionalidade das normas em comento residem no conteúdo, ou seja, é possível a participação popular em qualquer âmbito, desde que não esteja eivada de vícios ou violem dispositivos constitucionais.

Idêntica conclusão se extrai a partir das ADI n°s 573, Rel.: Min. Néri da Silveira, DJ 18.02.1997, ADI 578, Rel.: Min. Maurício Corrêa, DJ 18.05.2001, ADI 640, Rel.: Min. Maurício Corrêa, DJ 11.04.1997, ADI 606, Rel.: Min. Sidney Sanches, DJ 25.03.1999, dentre outras. Referidas ADI's, todas com teor análogo, questionavam normas estaduais que estabeleciam a nomeação de diretores de escolas municipais e estaduais aos conselhos participativos. Colhe-se do julgamento da medida cautelar na ADI 578²¹⁴:

“O Governador é o Chefe da Administração estadual. O art. 213, § 1º, da Constituição do RGS e as leis que o complementam, estabelecendo que a escolha dos diretores e vice-diretores das escolas públicas estaduais seja feita mediante eleição, pela denominada comunidade escolar, com exclusão do Governador do Estado, ofenderiam, ‘prima facie’, a prerrogativa do Chefe da administração estadual - CF, art. 37, II, 84, XXV. Precedentes do STF: Rep. 1473, ADIn. 244, 387 e 573. A hierarquia é essencial à organização administrativa. Princípios a que está sujeita. Relevância do fundamento jurídico. ‘Periculum in Mora’ ocorrente na espécie. Cautelar concedida.”

3.4 DA LEI DE RECURSOS HÍDRICOS

Por último, cabe aqui demonstrar a importância e a força do tema na prática. A Lei 9433, de 08 de janeiro de 1997, regulamentou o inciso XIX do art. 21 da CF/88 e instituiu a política nacional de recursos hídricos (PNRH).

Trata-se de lei extremamente importante para o país, dado o seu objeto, mormente em face da seca que diversas localidades do país vem atravessando, em especial, o Sudeste²¹⁵, o

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n° 578*. Tribunal Pleno, Relator: Min. Paulo Brossard, Brasília, 25 de setembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+578%2ENUM%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+578%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/cuj8fb8>>. Acesso em: 01 set. 2015.

²¹⁵ A respeito do tema muito já foi dito e analisado em suas múltiplas faces desde 2014. A propósito, dentre outras, cf. reportagem da Uol analisando o uso da água em São Paulo (disponível em: <<http://tab.uol.com.br/agua/>>. Acesso em: 31 ago. 2015), reportagem da BBC Brasil questionando o preparo de São Paulo para enfrentar a estiagem (disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150427_estiagem_sp_mv>. Acesso em: 31 ago. 2015), reportagem da BBC Brasil analisando como outras cidades do mundo resolvem o problema da falta de água

que contrasta fortemente com o fato do país ter 12% das água doce do mundo.²¹⁶ Ademais, não obstante as diferentes formas de participação popular e não obstante as diferentes leis que a instituem, é nesta que a temática em estudo mostra toda a sua força e importância, sobretudo ao se considerar que há tipo penal para o envenenamento, a corrupção e poluição de água potável (arts. 270 e 271 do CP), bem como por se tratar de meio ambiente, atrai o art. 225 da CF/88, o que significa que, em caso de dano ambiental, incide a teoria do risco integral²¹⁷

3.4.1 Aspectos gerais da lei de recursos hídricos

A Lei 9433/97 criou a política nacional de recursos hídricos (PNRH), o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (SNGRH) e o sistema de informações sobre recursos hídricos (SIRH). No que concerne ao escopo deste trabalho, os dois primeiros elementos merecem destaque.

No que se prende à PNRH, o art. 1º da lei, discrimina seus fundamentos a saber, o reconhecimento da água como um bem de domínio público, com valor econômico, cuja gestão deve focar o uso múltiplo das água, reconhecendo a bacia hidrográfica como a unidade básica para a implementação da PNRH e atuação do SNGRH. Ainda no art. 1º estabelece-se

(disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141105_crise_agua_6cidades_pai>. Acesso em: 31 ago. 2015), reportagem da BBC Brasil analisando a fragilidade do sistema de abastecimento de água em São Paulo (disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140321_seca_saopaulo_rb>. Acesso em: 31 ago. 2015) e entrevista promovida pela Carta Capital comparando o sistema de abastecimento paulista com o sistema de abastecimento alemão, destacando-se a análise do professor de que a grande falha paulista é que o Estado se fiscaliza (disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/crise-da-agua-nao-e-problema-tecnico-mas-de-gestao-4938.html>>. Acesso em: 31 ago. 2015). Para uma análise internacional, cf. reportagem do New York Times que associa a crise hídrica paulista ao crescimento populacional, desmatamento e poluição (disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/02/17/world/americas/drought-pushes-sao-paulo-brazil-toward-water-crisis.html?_r=0>. Acesso em: 31 ago. 2015). Para uma avaliação dos efeitos da crise hídrica, cf. reportagem do El País, relacionando a falta d'água e aumento no número de casos de diarreia (disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/10/politica/1436557827_946009.html>. Acesso em: 31 ago. 2015). Para análise sobre os efeitos da seca na economia, cf. reportagem da BBC UK sobre a influência da estiagem na indústria do café (disponível em: <<http://www.bbc.com/news/business-27623535>>. Acesso em: 31 ago. 2015).

²¹⁶ OCDE. *Governança dos recursos hídricos no brasil*. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20150902_OCDE-GovernancadosRecursosHidricosnoBrasil.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

²¹⁷ Assim decidiu o STJ, sob o rito de recurso repetitivo: “(...) 2.- Teses firmadas: (...) c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1114398*. Segunda seção, Relator: Min. Sidnei Beneti, Brasília, 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900679891&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 01 set. 2015.

que em situações de desabastecimento a prioridade será o consumo humano e, em seguida, o consumo para animais e, por fim, o inciso VI do art. 1º, estipula que “a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada²¹⁸ e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades”.

O objetivo da PNRH (art. 2º) é garantir a disponibilidade de água em padrões de qualidade adequados, o uso racional e integral da água e a prevenção e a defesa contra eventos críticos. A instrumentalização desta política se dá por meio (art. 5º): (i) dos planos de recursos hídricos (PRH); (ii) classificação de corpos de água conforme o uso; (iii) outorga do direito de uso de recursos hídricos; (iv) cobrança do recurso hídrico; (v) compensação a municípios; e, (vi) o SIRH.

O SNGRH, por sua vez, objetiva (i) coordenar a gestão integrada da água; (ii) arbitrar administrativamente conflitos causados por recursos hídricos; (iii) implementar a PNRH; e, (iv) promover a cobrança do uso de recursos hídricos (art. 32) e compõe-se pelo (i) conselho nacional de recursos hídricos (CNRH); (ii) a agência nacional de águas (ANA); (iii) os conselhos de recursos hídricos distrital e estaduais; (iv) os comitês de bacias hidrográficas (CBH); (v) órgãos públicos federais, estaduais, distritais e municipais com objetivo de gestão de recursos hídricos; (vi) as agências de águas (art. 33).

Observa-se, portanto, que o SNGRH é o conjunto de entes aptos a implementar a PNRH, contando com a participação de órgãos nacionais (ANA e CNRH), estaduais e dos CBHs, unidade básica de atuação do SNGRH e implementação da PNRH.

²¹⁸ A respeito da descentralização, destaque-se que esta não se confunde com a competência legislativa sobre as águas, que continua exclusiva da União nos termos do art. 22, IV, da CF/88, ou seja, a descentralização, no entendimento de Machado, implica que a administração de recursos hídricos deverá ser feito pelos órgãos de base, a saber, os Comitês de Bacia Hidrográfica, transferindo para estes órgãos as atribuições anteriormente pertencentes aos Estados e Municípios. Cumpre ressaltar a dificuldade envolvida nessa descentralização. Como bem lembra Machado, diversos rios brasileiros passam por mais de um Estado e possuem bacia hidrográfica com vários rios tributários. Daí se questionar “se o curso de água principal for federal e os cursos de água tributários forem estaduais, quem administrará a bacia hidrográfica? A União ou os Estados? O futuro vai dizer se a ideia dessa nova administração hídrica ficou só no terreno da imaginação ou se uma nova descentralização pode ser realizada, com a alteração constitucional da partilha das águas entre União e Estados”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 512 e 516. Com efeito, saliente-se recente relatório da OCDE, realizado a pedido da ANA, destacando a dificuldade de coordenação entre os diferentes órgãos e a efetiva descentralização.

3.4.2 Dos comitês de bacia hidrográfica

3.4.2.1 Da composição

Os CBHs, assim definidos “órgãos colegiados com atribuições normativas, deliberativas e consultivas a serem exercidas na bacia hidrográfica de sua jurisdição” (art. 1º, §1º, da Resolução 05/CNRH) são figura ímpar no ordenamento brasileiro.²¹⁹

Preliminarmente, esclareça-se que estes Comitês são órgãos públicos em sentido estrito. Segundo Mello, apesar de suas características únicas, os CBHs integram, de forma inequívoca, a Administração Pública, vez que decidem em nome do Estado, ou seja, não se trata de instância meramente consultiva.²²⁰ Também neste sentido, embora não tão explícito, Machado afirma que a gestão descentralizada preconizada pela lei implica na personalidade jurídica dos CBH, o que confere autonomia e facilidade para responsabilização jurídica em caso de eficiência ou ineficiência.²²¹

De mais a mais, tem-se que a unidade básica de atuação dos CBHs é a bacia hidrográfica,²²² como dispõe o art. 37, isto é, trata-se de critério geográfico, que não se confunde com a divisão política dos Estados. Isto, por si só, já diferencia os CBHs de outros órgãos representativos, cuja unidade básica é, em regra, política. Se, por um lado, trata-se de critério inovador de significativo impacto, por permitir a gestão do sistema como um todo, ao invés de fragmentá-lo nos limites políticos, por outro, traz dificuldades, como apontou a OCDE, tendo em vista as diferentes normas estaduais e regulamentares a respeito de qualidade de água e sua captação, bem como a atuação de diferentes órgãos.²²³

²¹⁹ MELLO, Rodrigo Pereira. Poder de polícia, autoridade e participação cidadã na administração pública: crise ou evolução do Estado: a experiência dos comitês de bacia hidrográficas. In: FILHO, Agassiz Almeida, FILHO, Francisco Bilac Moreira Pinto. (Org.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 127.

²²⁰ Ibidem, p. 120.

²²¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 572.

²²² A Lei não traz qualquer definição de bacia hidrográfica. Segundo Machado, define-se bacia hidrográfica como “área de drenagem de um curso de água ou lago”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 512.. Calasans et al. alertam que este conceito, até mesmo para que se atinja a proteção integrada almejada pela lei (art. 3º), deve este conceito ser interpretado como as águas subterrâneas, superficiais e meteóricas, ou seja, o ciclo hidrológico como um todo. CALASANS, Jorge Thierry; et al. A política nacional de recursos hídricos: uma avaliação crítica. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, n. 7, 2003. São Paulo. *Direito, água e vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, 2v.

²²³ OCDE. *Governança dos recursos hídricos no brasil*. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20150902_OCDE-GovernancadosRecursosHidricosnoBrasil.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015. Isso ocorre porque, em que pese a atuação do CBH ser, em regra a bacia hidrográfica, sua atuação pode ser menor, atuando em uma sub-bacia, ou maior, abrangendo um grupo de bacias. Assim, é possível que em determinado rio atuem diferentes CBH. Lado outro, como anota Machado, não se admite a justaposição de CBHs em suas áreas de atuação, contudo, as agências de água podem atuar em mais de um

Lado outro, a composição de tais Comitês também é diferenciada, como revela o art. 39, contando com a participação da União (obrigatória em caso de rios federais e optativa em caso de rios estaduais), Estados e Municípios situados na área de atuação do CBH, além de representantes dos usuários da águas e entidades civis de recursos hídricos que atuem na bacia. Como se observa, trata-se de órgão deliberativo plural, contando a participação de todos os envolvidos.

O parágrafo primeiro do art. 39 determina que o tamanho de tais comitês, o critério de indicação de seus membros e a proporção entre os representantes será fixada pelos regimento interno do CBH, explicitando ainda que a participação do poder público poderá ser, no máximo, a metade dos representantes. Todavia, o inciso I do art. 8º da Resolução 05/CNRH limita ainda mais a participação do poder público, estabelecendo que esta será de, no máximo, quarenta por cento do total de votos.²²⁴ Esta restrição, segundo Mello, torna imperiosa a negociação entre todos os participantes, tendo em vista que nenhum deles, isoladamente, possui qualquer possibilidade de impor a sua vontade,²²⁵ nas palavras de Machado, atribui-se às entidades civis o papel de "fiel da balança"²²⁶, papel que se torna ainda mais preponderante ao se considerar que a presidência deste comitê, conforme o art. 40, será escolhido dentre os seus membros, sem fazer qualquer exigência de ser representante do poder público ou não.

Ainda a respeito da composição de tais órgãos, há de se destacar que o regimento interno, o qual, como visto, é determinante na estruturação do CBH, deve ser criado e alterado pelo próprio comitê. Segundo Mello,²²⁷ a ausência de norma específica na Lei implica este entendimento, sobretudo ante a descentralização que fundamenta a lei, ressaltando que, ainda que assim não se entenda, a matéria veiculada neste ato normativo deveria ser fixada por meio de leis locais, porquanto a temática seria incapaz de atrair a competência da União prevista no inciso IV do art. 22 da CF/88. Por oportuno, ressalte-se que a Resolução 05/CNRH atribuiu ao CBH a competência de aprovar o seu próprio regimento (art. 7º, VII, da Resolução).

comitê, daí a multiplicidade de agentes constatada pela OCDE. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 576.

²²⁴ No entendimento de Mello não há qualquer ilegalidade nesta resolução, pois a lei impõe limite máximo e não mínimo, bem como compete ao CNRH, por força do art. 32, VII, da LRH, a fixação de diretrizes gerais para a criação do regimento interno dos CBHs.

²²⁵ MELLO, Rodrigo Pereira. Poder de polícia, autoridade e participação cidadã na administração pública: crise ou evolução do Estado: a experiência dos comitês de bacia hidrográficas. In: FILHO, Agassiz Almeida, FILHO, Francisco Bilac Moreira Pinto. (Org.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 125.

²²⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 577.

²²⁷ MELLO, op. cit., p. 123

3.4.2.2 Da competência

Se a composição dos CBHs já se revela diferenciada, sua competência é ainda mais diferenciada. Conforme o art. 38 da lei, compete aos CBHs (i) a promoção do debate acerca dos recursos hídricos e a articulação das entidades interessadas; (ii) arbitrar, em primeira instância conflitos relacionados aos recursos hídricos; (iii) aprovar o Plano de Recursos Hídricos (PRH) da bacia; (iv) propor ao CNRH e ao conselho estadual de recursos hídricos critérios de classificação para fins de outorga de direito de uso de recursos hídricos; (v) estabelecer mecanismos de cobrança de uso de recursos hídricos bem como sugerir os valores a serem cobrados, e; (vi) estabelecer critérios e promover o rateio de custo de obras de uso múltiplo, interesse comum ou coletivo.

Da breve leitura do dispositivo legal evidencia-se que estes comitês exercem funções típicas do Estado. O PRH, como lembra Mello²²⁸, tem por objetivo implementar na bacia hidrográfica o PNRH, isto é, trata-se de instrumento de efetivação da PNRH (art. 5º, I) e deve ser arquitetado por bacia hidrográfica, por Estado e para o país como um todo (art. 8º).

Tais planos devem ser de longo prazo, orientando toda a gestão de recursos hídricos e devem contemplar, no mínimo: (i) diagnóstico atual dos recursos hídricos; (ii) análise alternativas de crescimento demográfico, atividades produtivas e ocupação do solo; (iii) balanço atual e prognóstico futuro da demanda por recursos hídricos, sob a perspectiva quantitativa e qualitativa, identificando possíveis conflitos; (iv) metas para racionalização do uso, aumento da quantidade e melhora da qualidade de recursos hídricos; (v) medidas cabíveis, programas e projetos a serem desenvolvidos e implementados para atendimento das metas fixadas; (vi) prioridade para a outorga de direito de uso de recurso hídrico; (vii) diretrizes e critérios para cobrança de recursos hídricos, e; (viii) propositura de criação de áreas de uso restrito, objetivando a proteção hídrica.

A Resolução 05/CNRH confere ainda outras competências aos CBHs, dentre as quais destacam-se a obrigatoriedade de submeter o PRH à consulta pública, a aprovação de propostas das agências de águas²²⁹ e o desenvolvimento e compatibilização dos PHR de cursos tributários com o PHR da bacia hidrográfica.

²²⁸ MELLO, Rodrigo Pereira. Poder de polícia, autoridade e participação cidadã na administração pública: crise ou evolução do Estado: a experiência dos comitês de bacia hidrográficas. In: FILHO, Agassiz Almeida, FILHO, Francisco Bilac Moreira Pinto. (Org.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 121.

²²⁹ Estas, nas palavras de Calasans et al., são o braço executivo do CBH. CALASANS, Jorge Thierry; et al. A política nacional de recursos hídricos: uma avaliação crítica. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, n. 7, 2003. São Paulo. *Direito, água e vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, 2v.

A partir deste rol de competências, observa-se que estes CBH desempenham atividades típicas de autoridades administrativas. Como Mello explica,²³⁰ é claro que ao estabelecer como a bacia hidrográfica deve ser utilizada, reservando este trecho para aquela finalidade e aquele para outra atividade,²³¹ bem como critérios para a cobrança em razão do uso do recurso hídrico, tais comitês condicionam toda a atividade de autoridades administrativas no que tange àquele recurso hídrico.

A título de ilustração, colhe-se da Deliberação n. 01/2014/CBHRP²³² a seguinte divisão do Lago Paranoá: (i) zona de uso preferencial para banho; (ii) zona de uso preferencial para atividades náuticas não motorizadas; (iii) zona de uso preferencial para a motonáutica; (iv) zona de diluição de efluentes de estações de tratamento de esgotos; (v) zona de segurança do ponto de captação de água para abastecimento público; (vi) zona de segurança da Barragem do Lago Paranoá; (vii) zona de segurança nacional, e; (viii) zona de restrição ambiental.

O art. 4º da referida deliberação determina o encaminhamento da mesma para os diversos órgãos, em especial à Câmara Distrital para que incorpore, no que for cabível, as deliberações à “Lei de Uso e Ocupação do Solo (LUOS), do Plano de Preservação do Complexo Urbanístico de Brasília (PPCUB), do Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal (PDOT) e de leis intervenientes”. Patente, pois, a enorme influência do CBH sob a Administração Pública que, por meio do PRH (ainda inexistente, para o Distrito Federal) controla até mesmo os níveis de poluição hídrica.²³³

Noutro giro, ao estabelecer critérios para cobrança de uso dos recursos hídricos, o CBH delimita todos os aspectos necessários para a composição do preço público, como, por

²³⁰ MELLO, Rodrigo Pereira. Poder de polícia, autoridade e participação cidadã na administração pública: crise ou evolução do Estado: a experiência dos comitês de bacia hidrográficas. In: FILHO, Agassiz Almeida, FILHO, Francisco Bilac Moreira Pinto. (Org.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 121.

²³¹ A respeito desta classificação das águas, Machado esclarece que o órgão responsável pelo licenciamento ambiental deve primeiramente classificar a água em doce, salina ou salobra, conforme o uso predominante e a Resolução 357/CONAMA. Cada um destes grupos divide-se em outras classes, a água doce, por exemplo, divide-se em classe especial, classe 1, 2 e 3. A partir daí discute-se o uso da água, estabelecendo o uso do curso de água e a sua classificação, tendo em vista a situação da água, sendo certo que para cada classe há níveis a serem observados de dejetos, poluentes, etc. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 527-528.

²³² DISTRITO FEDERAL. Conselho de Bacia Hidrográfica do Rio Paranoá. *Deliberação 01/2014*. Disponível em: <http://www.cbhparanoa.df.gov.br/documentos/Delib1_2014ZoneamUsosLP.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

²³³ A esse respeito, cf. o PRH 2007-2010 do Comitê de Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul, que define metodologia para medir a qualidade de aterramento de resíduos e, depois, escala para enquadramento em condições adequadas, inadequadas ou controladas. CEIVAP. *Plano de recursos hídricos da bacia do rio paraíba do sul: diagnóstico dos recursos hídricos relatório parcial*. Disponível em: <<http://www.ceivap.org.br/downloads/PSR-006-R0.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2015.

exemplo, a fórmula de cálculo, a gravidade, a periodicidade, exceto o valor nominal ou percentual e, segundo Mello, trata-se de uma modalidade do princípio poluidor-pagador,²³⁴ devido por todos os usuários sujeitos à outorga (art. 20 da Lei 9433/97), proporcional à quantidade de poluição despejada ou a quantidade de água retirada e, em se tratando de obra de uso múltiplo ou de interesse comum ou coletivo, o CBH, além de estabelecer critérios, deve ainda promover o rateio desta despesa.

²³⁴ MELLO, Rodrigo Pereira. Poder de polícia, autoridade e participação cidadã na administração pública: crise ou evolução do Estado: a experiência dos comitês de bacia hidrográficas. In: FILHO, Agassiz Almeida, FILHO, Francisco Bilac Moreira Pinto. (Org.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 121-122.

CONCLUSÃO

Propôs-se ao longo do trabalho demonstrar a necessidade e os fundamentos da participação popular na Administração Pública, as formas de intervenção e como este fenômeno fortalece a democracia.

Para tanto, após apresentar a definição de Estado como uma forma de organização de poder, conceituou-se legitimidade e a chamada crise de legitimidade, isto é, a incapacidade dos governos atenderem às demandas sociais, fenômeno já observado por Rousseau e, como solução a este problema, surge a participação popular no governo, ou seja, a possibilidade do cidadão influenciar as decisões governamentais, de forma a aproximar estas dos anseios sociais.

Após, dedicou-se ao estudo da democracia, forma de governo que se apoia na soberania e participação popular e que continuamente responde às preferências de seus cidadãos, que são considerados iguais entre si. Partindo daí, derivou-se oito condições para a democracia, repise-se, (i) liberdade de organização; (ii) liberdade de expressão; (iii) direito de voto; (iv) elegibilidade de cargos políticos; (v) direito de líderes políticos disputarem voto; (vi) fonte alternativa de informação; (vii) eleições livres, e; (viii) políticas governamentais dependentes de manifestações de preferência.

Ainda dentro do estudo da democracia, explicitou-se as três formas básicas de democracia, retomando então a questão da participação popular na Administração Pública, demonstrando a razão pela qual, apesar de representantes eleitos em um contexto democrático ainda assim se faz necessária a participação cidadã.

Posteriormente, uniu-se ambos os conceitos no chamado Estado Democrático de Direito, ressaltando, contudo, que esta fusão vai além das palavras, implicando o espraiamento da democracia nas condutas estatais e jurídicas.

Compreendido tais aspectos, dedicou-se ao estudo da manifestação das condutas estatais que, rememore-se, podem ser de três tipos, legislativa, executiva ou jurisdicional, enquadrando a função executiva como a manifestação do Estado por meio de atos jurídicos que concretiza a legislação, dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico, concluindo então que a Administração Pública é um dever-poder do Estado, isto é, não há margens para a discricionariedade no que prende à concretização do interesse público, embora haja discricionariedade quanto à forma de atingir este interesse.

À luz de tais premissas, deteve-se sobre o princípio da legalidade, propugnando por uma interpretação mais aberta de tal princípio do que normalmente empregada pela doutrina

pátria. Em razão da multiplicidade de tarefas desempenhadas pela Administração Pública na atualidade, defendeu-se uma postura proativa do administrador, esclarecendo, contudo, que esta conduta deve estar circunscrita à lei, à jurisprudência, à Constituição, aos regulamento, enfim, ao Direito como um todo, indo além da figura do administrador como mero executor. Na oportunidade, retomou-se a participação popular na Administração Pública em cotejo ao princípio da legalidade.

Por fim, adentrou-se na participação popular na Administração Pública como uma forma de efetivação da democracia, explorando, primeiramente, a importância desta papel na Constituição Federal de 1988, a primeira a romper, efetivamente, com a ideia do “direito dos técnicos”, isto é, a ideia de que somente parcela da população deveria participar do processo decisório a fim de evitar prejuízos ao progresso nacional.

Elencou-se então algumas formas de participação cidadã e propôs uma atualização e revisão crítica da sistematização feita por Di Pietro, indicando algumas formas não mencionadas pela autora, como, por exemplo, o plebiscito e a proposição de lei, e excluindo algumas outras, como o direito de ser ouvido, por não se mostrarem consentâneas com os conceitos anteriormente definidos.

Em seguida, aprofundou-se nas críticas à participação popular, retomando a suposta incompatibilidade desta e o princípio da legalidade, concluindo-se então que a utilização deste princípio em detrimento ao cidadão subverte a lógica jurídica. Em um segundo momento, ocupou-se com as críticas quanto à qualidade da participação social, isto é, quanto a efetividade deste modelo, críticas que ensejaram a edição do Decreto 8243/2014, ora susinado, que disciplinava a política nacional de participação social.

Propôs-se então o estudo dos limites desta participação, tomando por base julgados do STF, concluindo então que é possível a participação cidadã em qualquer âmbito, desde que não haja vícios em sua manifestação ou inconstitucionalidades.

Por fim, para exemplificar o que se entende por participação cidadã e a importância do tema, apresentou-se a Lei de Recursos Hídricos, cuja temática dispensa maiores comentários. Após apresentar a estrutura geral da lei (no que interessa ao trabalho), adentrou-se no estudo do Comitê de Bacia Hidrográfica, órgão público ímpar, detalhando a sua composição, cuja maioria é de representantes da sociedade civil, e a sua competência, que, em última análise, condiciona a atuação de outros órgãos da Administração, até mesmo do legislativo.

Ao longo do trabalho, portanto, demonstrou-se que a Constituição Federal de 1988 procurou aproximar a sociedade civil do espaço democrático, do processo decisório, isto é, a

participação popular não deve se restringir somente à escolha dos representantes populares. Igualmente, não se trata aqui de suprimir os representantes, que exercem papel crucial dentro do ordenamento jurídico-político nacional; trata-se somente de ampliar os canais de comunicação entre a Administração Pública e a população através de mecanismos fluídos e conhecidos, de forma a evitar o engessamento de tais manifestações, permitindo que os administrados emitam a sua opinião e os seus anseios, concretizando assim os preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, verificou-se que existem diversas formas de efetivar a propugnada participação e que, com base nestas premissas, existem diversas iniciativas governamentais, como os CBHs, o orçamento participativo, diversos órgãos colegiados, etc., com efeito, a OCDE aponta a existência de duzentos CBH em todo o território nacional²³⁵.

Tem-se então que os preceitos constitucionais tem sido levado a termo pelo legislador, que disponibiliza amplas plataformas de interação. Sem embargos, apesar de sua importância, pouca ou nenhuma atenção tem sido dedicada ao tema, inexistindo na doutrina qualquer esforço de sistematização do tema ou mesmo de compreensão dos seus fundamentos e efeitos. Trata-se, pois, de assunto pouco explorado e conhecido²³⁶, o que torna possível afirmar que a grande dificuldade do tema reside na ausência de dados, isto é, pouca pesquisa tem sido dedicada a estudar a qualidade e a efetividade deste modelo.

Assim, é o presente trabalho uma abordagem inicial desta sistematização, apontando alguns fundamentos constitucionais e filosóficos do tema e colocando a sua devida problematização, possibilitando futuros estudos mais aprofundados.

²³⁵ OCDE. *Governança dos recursos hídricos no Brasil*. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20150902_OCDE-GovernancadosRecursosHidricosnoBrasil.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

²³⁶ A título de ilustração, ressalte-se que pesquisa realizada pelo Instituto IBOPE, constante no site do CBHRP, aponta que em 2006, 61% dos pesquisados sequer tinha ouvido falar da existência de tais comitês. CBHRP. [Sítio]. Disponível em: <<http://www.cbhparanoa.df.gov.br/comite.asp>>. Acesso em: 05 set. 2015.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de estado*. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de S. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 39-82.

BAKUNIN, Mikhail. *O princípio do estado e outros ensaios*. São Paulo: Hedra, 2014.

BAQUERO, Marcello. *Cultura política participativa e desconsolidação democrática: reflexões sobre o Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400011>. Acesso em: 02 maio 2015.

BIANCHINI, Fernando Novelli. *Democracia representativa sob a crítica de Schmitt e democracia participativa na apologia de Tocqueville*. Campinas: Millennium, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Do ocaso do regime representativo à aurora da democracia participativa*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2563/20.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n° 9433, de 08 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1° da Lei n° 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei n° 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 05 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n° 244*. Tribunal Pleno, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 11 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+244%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+244%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cqjnwhq>>. Acesso em 01 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n° 578*. Tribunal Pleno, Relator: Min. Paulo Brossard, Brasília, 25 de setembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+578%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+578%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cuj8fb8>>. Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n° 581947*. Tribunal Pleno, Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 27 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+581947%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+581947%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/agflutz>>. Acesso em: 01 set. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. *Resolução n° 05*. Estabelece diretrizes para a formação e funcionamento dos Comitês de Bacia Hidrográfica. Disponível em: <http://www.cnrh.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14>. Acesso em: 05 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Comentário ao artigo 1°, parágrafo único. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2014. p. 137-140.

DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

MATA-MACHADO, Bernardo Novais da. *A instituição conselho e a democracia: na história do Brasil e no conselho nacional de política cultural*. Disponível em: <<http://consadnacional.org.br/wp-content/uploads/2013/05/068-A-INSTITUI%C3%87%C3%83O-CONSELHO-E-A-DEMOCRACIA-NA-HIST%C3%93RIA-DO-BRASIL.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 9, p. 503-513, set. 1993.

DISTRITO FEDERAL. Conselho de Bacia Hidrográfica do Rio Paranoá. *Deliberação 01/2014*. Disponível em: <http://www.cbhparanoa.df.gov.br/documentos/Delib1_2014ZoneamUsosLP.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LAVALLE, Adrian G.; SZWAKO, José. *Origens da política nacional de participação social: entrevista com Pedro Pontual*. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/v1/contents/view/1567>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

LEFÈVRE, Christian. *Gouverner les métropoles*. Paris: Lextenso éditions, 2009.

LIPSET, Seymour Martin. *O homem político*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Rodrigo Pereira. Poder de polícia, autoridade e participação cidadã na administração pública: crise ou evolução do Estado: a experiência dos comitês de bacia hidrográficas. In: FILHO, Agassiz Almeida, FILHO, Francisco Bilac Moreira Pinto. (Org.). *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 09-10

OCDE. *Governança dos recursos hídricos no brasil*. Disponível em: <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20150902_OCDE-GovernancadosRecursosHidricosnoBrasil.pdf>. Acesso em: 01 set. 2015.

PERISSINOTTO, Renato Monseff. *Hannah Arendt, poder e a crítica da tradição*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 abr. 2015.

REZENDE, Renato Monteiro. *Democracia administrativa e princípio da legalidade: a política nacional de participação social constitui matéria de lei ou de decreto?* Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td158>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SEN, Amartya. *Democracy as a universal value*. Disponível em: <http://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf>. Acesso em: 14 maio 2015.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lênio L.; MORAIS, José Luis B. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et al. (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2014. p. 113-116.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TORELLY, Marcelo. Somos todos constituintes. *Revista de história da biblioteca nacional*. Rio de Janeiro, n. 114, p. 37-41, mar. 2015.

WAINWRIGHT, Hilary. *Poder popular no século XXI*. São Paulo: Xamã, 2005.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4. ed. Brasília: UnB, 2012, v. 1.